Der Missbrauch der Vertretungsmacht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Friedrich Hezel
Referendar beim Landgericht Stuttgart.

Urach (Württbg.)
Druck der Fr. Bühlerschen Buchdruckerei / Inh. Dr. Otto Weise
1937

Zum Druck genehmigt von der
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Tübingen.

Dekan: Professor Dr. Kreller
Berichterstatter: Professor Dr. Stoll.

Tag der mündlichen Prüfung: 6. November 1936.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung 1

§ 1. Wesen und Arten der Stellvertretung 1
Die Frage des Mißbrauchs der Vertretungsmacht 1

§ 2. Die geschichtliche Entwicklung des Problems des Mißbrauchs der Vertretungsmacht 5

A. **Die Stellvertretung im materiellen Zivilrecht** 12

I. Die Stellvertretung auf Grund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht 12

a) Im bürgerlichen Recht 12

1. § 3. Die Entstehung der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht . . . 12

2. § 4. Der Umfang der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht 21

3. § 5. Der Mißbrauch der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht . . . 30

b) § 6. Im Handelsrecht 61

II. § 7. Die gesetzliche Vertretung 72

III. § 8. Die Vertretung juristischer Personen 80

B. § 9. **Die Stellvertretung im Zivilprozeßrecht** 86

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549602_0144

Einleitung.

§ 1.

Wesen und Arten der Stellvertretung. Die Frage des Mißbrauchs der Vertretungsmacht.

I. Das Wesen der Stellvertretung.

In der Regel schließen die Rechtspersonen ihre Rechtsgeschäfte selbst ab; sie sind aber nicht immer dazu in der Lage. Sie können an dem Abschluß von Rechtsgeschäften rechtlich verhindert sein, wie dies bei den Geschäftsunfähigen der Fall ist; sie können aber auch tatsächlich außer Stande sein, ein Rechtsgeschäft, das sie abschließen wollen, selbst abzuschließen, etwa weil sie ortsabwesend oder durch andere Geschäfte in Anspruch genommen sind.

Während man bei tatsächlicher Verhinderung in den Fällen, in denen man selbst mit dem Gegner verhandeln will, sich eines Boten als Werkzeugs bedienen kann, bedarf man bei rechtlicher Verhinderung, sowie bei tatsächlicher Verhinderung in den Fällen, in denen man nicht selbst verhandeln will, eines Vertreters. Dieser kann auf zweierlei Weise nach außen auftreten. Er kann in eigenem Namen handeln und wird dann selbst Partei des mit dem Gegner abgeschlossenen Geschäfts, aus dem der Geschäftsherr weder unmittelbar berechtigt noch mittelbar verpflichtet wird. Erst durch ein zweites Rechtsgeschäft zwischen dem Vertreter und dem Geschäftsherrn werden hier die Wirkungen des ersten Rechtsgeschäfts auf den Geschäftsherrn übertragen (sog. mittelbare Stellvertretung). Der Vertreter kann aber auch im Namen des Geschäftsherrn auftreten und das Geschäft mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Geschäftsherrn abschließen (sog. unmittelbare Stellvertretung). Nur in diesem letzteren Fall haben wir es mit Stellvertretung im Rechtssinn zu tun.

II. Die Arten der Stellvertretung.

Damit nun hier das in fremdem Namen vorgenommene Geschäft des Vertreters unmittelbar für und gegen den Geschäftsherrn wirkt, muß der Vertreter Vertretungsmacht haben. Das Wesen der Vertretungsmacht ist bestritten. Die einen halten sie für ein subjektives Recht, andere für eine rechtliche Fähigkeit, ein rechtliches Können und wieder andere betrachten sie als bloße Legitimation[1]. Die letztere Ansicht verdient wohl den

[1] So Laband, ZHR. 10, S. 241.

Vorzug, von praktischer Bedeutung ist diese Konstruktionsfrage jedoch nicht, da durch ihre Beantwortung nichts zur Lösung einzelner bei der Vertretungsmacht auftauchender Streitfragen beigetragen wird. Die Vertretungsmacht kann auf Rechtsgeschäft, auf Gesetz oder auf der Verfassung einer juristischen Person beruhen.

1. Die Vertretung auf Grund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht.

Eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht ist die Vollmacht.

2. Die gesetzliche Vertretung.

Von gesetzlicher Vertretung spricht das BGB. nur, wenn es sich um die Vertretung geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Personen handelt, also bei der dem Vater, der Mutter, dem Vormund, dem Pfleger und dem Beistand zustehenden Vertretungsmacht. Die Beschränkung des Begriffs der gesetzlichen Vertretung auf diese Fälle ist jedoch zu eng. Von gesetzlicher Vertretungsmacht kann man vielmehr in allen Fällen reden, in denen die Vertretungsmacht kraft Gesetzes mit einer bestimmten Stellung verbunden ist und nicht auf dem Willen des Geschäftsherrn beruht. Die Stellung, an die das Gesetz die Vertretungsmacht knüpft, kann durch die natürlichen Beziehungen zweier Personen, so z. B. beim Vater) oder durch behördliche Anordnung (so z. B. beim Vormund) oder durch das Rechtsgeschäft eines anderen (so beim Testamentsvollstrecker) begründet sein.

Daher sind gesetzliche Vertreter nicht nur der Vater, die Mutter, der Vormund, der Pfleger und der Beistand, sondern auch der Testamentsvollstrecker, der Nachlaßverwalter und der Konkursverwalter. Bei ihnen ist zwar bestritten, ob sie überhaupt Stellvertreter sind, da sie Kraft Amts aus eigenem Recht über fremdes Vermögen verfügen und dabei die Interessen Dritter zu wahren haben.[2] Entscheidend für das Vorliegen von Stellvertretung ist aber, daß der Vertreter in fremdem Namen auftreten und mit unmittelbarer Wirkung für einen andern abschließen kann.[3] Wessen Interessen der Vertreter zu wahren

[2] Dernburg, Das Bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 3. Aufl. Bd. 1 § 172 II und Bd. 3 § 135; Endemann, Lehrb. des Bürgerl. Rechts 8./9. Aufl. Bd. 3 § 71, 1.

[3] So Motive V S. 236; Planck-Flad 4. Aufl. Bem. 1 zu § 2197; v. Tuhr, Der allg. Teil des Bürgerl. Rechts Bd. II 1 § 84 I 2; Enneccerus-Nipperdey 13. Bearb. § 168 I 4; Lehmann, Allg. Teil des Bürgerl. Ges.Buchs 4. Aufl. § 36 IV 4 a α; Enneccerus-Kipp 8. Bearb. § 116 II 2; Cosack-Mitteis, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts Bd. 1, 8. Aufl. § 166 II 1; Siebert, ZStW. 95 S. 638 Anm. 2; Stoll, Vertrag und Unrecht § 13 II 1.

hat, ist für das Vorliegen von Stellvertretungen gleichgültig; auch eine Vollmacht kann im Interesse Dritter erteilt werden[4]. Auch die Tatsache, daß diese Stellvertreter auf Grund eines ihnen übertragenen Privatamts handeln, schließt ihre Vertretereigenschaft nicht aus. Man darf nur daraus, daß auf sie im materiellen Recht Stellvertretungsgrundsätze Anwendung finden, nicht die Folgerung ziehen, daß sie im Prozeß nicht selbst Partei sein können. Die Wirkung ihrer Vertreterhandlungen ist auf das von ihnen verwaltete Sondervermögen beschränkt. Der von diesen Vertretern Vertretene ist derjenige, dem das verwaltete Sondervermögen gehört, denn für und gegen ihn wirken die abgeschlossenen Geschäfte.[5]

Mit einem weiteren Fall gesetzlicher Vertretungsmacht haben wir es bei der Schlüsselgewalt der Ehefrau zu tun.

Beim gesetzlichen Güterstand ist bestritten, ob der Ehemann sein Verwaltungsrecht über das eingebrachte Gut der Frau (§§ 1374 ff. BGB.) nur in eigenem Namen ausüben kann, wie das Verwaltungsrecht am Gesamtgut bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, oder ob er sowohl im eigenen wie in fremdem Namen handeln kann. Während die Motive (IV S. 269/71) der letzteren Ansicht zustimmen, ergeben die Protokolle (IV S. 119/120) keine klare Entscheidung dieser Frage. Die herrschende Lehre hat sich auf den Standpunkt der Motive gestellt, daß der Ehemann sowohl im eigenen wie in fremdem Namen handeln kann, da das BGB. keine Bestimmung enthält, die ihn auf die eine oder auf die andere Art des Auftretens beschränkt.[6] Der Ehemann hat also hier ebenfalls gesetzliche Vertretungsmacht, ebenso wie die Ehefrau bei allgemeiner Gütergemeinschaft im Fall des § 1450 BGB., da auch sie hier nicht nur im eigenen, sondern auch im Namen des Mannes handeln kann.[7]

3. Die Vertretung juristischer Personen.

Bei den juristischen Personen beruht die Vertretungsmacht des Vorstands und der übrigen verfassungsmäßig berufenen Vertreter auf der Verfassung der juristischen Person, der Satzung. Die Vertreter juristischer Personen sind zwar nicht, wie sonst die Stellvertreter, Vertreter ihnen fremder Personen, sondern sie sind Organe der juristischen Person, die in ihnen handelt.

---

[4] So v. Tuhr a. a. O.; RG. 80, 416.

[5] So Oertmann, 3. Aufl. Vorbem. 3 b α vor §§ 164 ff.; Cosack-Mitteis Bd. 1, 7./8. Aufl. § 166 II. a. A. Planck-Flad 4. Aufl. Bem. II 3 zu § 2197.

[6] So Planck-Unzner, 4. Aufl. Vorbem. 3 vor §§ 1373 ff.; Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 168 I. 1; RG. 126, 114. a. A. Lehmann, Allg. Teil des BGB. 4. Aufl. § 36 IV a α.

[7] So Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. Bem. 3 zu § 1450.

Da die Organe aber im Namen der juristischen Person handeln müssen und da durch ihre Handlungen nicht sie selbst, sondern die juristischen Personen berechtigt und verpflichtet werden, haben wir es bei der Organschaft mit einer der Stellvertretung verwandten Erscheinung zu tun, und das BGB. gibt dem Vorstand einer juristischen Person mit Recht „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters" (§ 26 Abs. 2 BGB,).

III. Die Frage des Mißbrauchs der Vertretungsmacht.

Eine der Gefahren der unmittelbaren Stellvertretung liegt für den Geschäftsherrn darin, daß der Vertreter die ihm verliehene Vertretungsmacht mißbrauchen kann, d. h., daß er sie nicht zur Erreichung derjenigen Zwecke benutzt, zu deren Erreichung sie ihm verliehen ist. Der Zweck, der auf dem Weg der Stellvertretung erreicht werden soll, braucht dabei, wie schon erwähnt, sowohl bei der rechtsgeschäftlichen wie bei der gesetzlichen Vertretungsmacht nicht allein die Wahrung von Interessen des Geschäftsherrn zu sein, sondern kann auch in der Wahrung von Interessen des Vertreters oder dritter Personen liegen. Er ergibt sich in der Regel aus dem Rechtsverhältnis, das zwischen dem Vertreter und dem Geschäftsherrn besteht und jenen berechtigt und verpflichtet für diesen zu handeln, dem sog. Innen- oder Grundverhältnis, das in den Fällen der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht meist ein Rechtsgeschäft, in der Regel Dienstvertrag-, Werkvertrag, Auftrag- oder Gesellschaftsvertrag, ist und in den Fällen der gesetzlichen Vertretungsmacht ebenfalls auf Gesetz beruht. Auch bei der sog. mittelbaren Stellvertretung läuft der Vertretene neben der bei der unmittelbaren und der mittelbaren Stellvertretung gleichermaßen bestehenden Gefahr, daß der Vertreter eine ihm zur Veräußerung anvertraute Sache unterschlägt oder eine in Empfang genommene Gegenleistung für sich behält eine besondere Gefahr. Diese rührt hier aber daher, daß keine unmittelbaren Beziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten zu Stande kommen und so die Rechtslage des Ersteren so lange gefährdet ist, bis die vom Vertreter erworbenen Rechte auf ihn übertragen sind, weshalb die Rechtsordnung für eine möglichst rasche Ueberleitung der vom mittelbaren Vertreter erworbenen Rechte auf den Vertretenen Sorge trägt (vgl. § 392 Abs. 2 HGB. und § 7 Bankdepot Ges.). Bei der unmittelbaren Stellvertretung läuft der Geschäftsherr dagegen gerade deshalb Gefahr, weil es hier möglich ist, daß der Vertreter ihn dem Dritten gegenüber unmittelbar verpflichtet und mit unmittelbarer Wirkung gegen ihn verfügt.

Das Interesse des Geschäftsherrn geht dahin, daß ein durch den Vertreter abgeschlossenes Geschäft ihn nur dann bindet, wenn es dem Zweck, zu dessen Erreichung dem Vertreter Vertretungsmacht erteilt wurde, entspricht. Der Dritte dagegen hat ein Interesse daran, daß das Geschäft den Geschäftsherrn so verpflichtet, wie der Vertreter es abgeschlossen hat.

Die Entscheidung dieses Interessenwiderstreits soll Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein. Dabei ist zunächst zu untersuchen, wie weit die dem Vertreter erteilte Vertretungsmacht reicht, insbesondere ob und inwiefern sie über die dem Handeln des Vertreters im Innenverhältnis, aus dem sich in der Regel der zweckentsprechende Gebrauch der Vertretungsmacht ergibt, gezogenen Grenzen hinausgehen kann. Schon der Regelung des Umfangs der Vertretungsmacht liegt eine Abwägung der geschilderten Interessen des Geschäftsherrn und des Dritten zu Grunde. Da, wie darzulegen sein wird, der Umfang der durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht durch die Art ihrer Entstehung stark beeinflußt wird, ist bei Behandlung der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht auch auf die Arten ihrer Entstehung ein Blick zu werfen. Sodann ist zu prüfen, welchen Einfluß der Umstand, daß der Vertreter eine über die ihm im Innenverhältnis gezogenen Schranken hinausgehende Vollmacht mißbraucht hat, auf die zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten entstehenden unmittelbaren Beziehungen hat.

§ 2.

Die geschichtliche Entwicklung des Problems des Mißbrauchs der Vertretungsmacht.

I. Das römische Recht.

Das römische Recht hat die unmittelbare Stellvertretung nur in engen Grenzen anerkannt. Dem altrömischen Zivilrecht erschien die Berechtigung oder Verpflichtung eines an der Form, durch die das Rechtsgeschäft wirkte, nicht Beteiligten unmöglich. Auch der Vormund konnte durch seine Handlungen nur sich selbst berechtigen und verpflichten.

Das in das römische Zivilrecht eindringende jus gentium brachte die unmittelbare Stellvertretung auf dem Gebiet des Besitzerwerbs und des durch Besitzerwerb vermittelten Rechtserwerbs, und zwar zunächst für den Fall des Erwerbs durch den Prokurator, der ein Verwalter fremden Vermögens, meist ein Freigelassener des Hausherrn war. Der Prokurator konnte

auf Geheiß und im Namen seines Herrn auch ohne dessen Wissen diesem Besitz und bonitarisches Eigentum erwerben (vgl. D. 41, 1, 13 pr.; 13, 7, 11, 6). Was für den Prokurator galt, galt auch für den Vormund (tutor; vgl. D. 41, 4, 13, 1; 41, 2, 1, 20) und wurde durch Justinian auf jeden freien Stellvertreter als Quasi-prokurator übertragen (C. 7, 32, 1). In den übrigen Fällen blieb es bei der Unzulässigkeit der Stellvertretung.

Diese enge Begrenzung der Zulässigkeit der Stellvertretung war nur deshalb erträglich, weil als Vertreter gewöhnlich ein Sklave oder ein Hauskind benutzt wurde, die alles, was sie erwarben, unmittelbar dem Hausherrn erwarben, gleichgültig ob sie es in eigenem Namen oder im Namen des Hausherrn erwarben und ob sie von diesem zum Erwerb ermächtigt waren oder nicht, und neben denen nach praetorischem Recht unter gewissen Voraussetzungen auch der Hausherr haftete, nämlich unter den Voraussetzungen, unter denen dem Gegner eine der sog. adjecticischen Klagen zustand. Die actio exercitoria und die actio institoria fanden auch bei Anstellung eines freien Mannes als Schiffskapitän (exercitor) oder als Bevollmächtigter in einem Gewerbebetrieb (institor) Anwendung. Aus allen Geschäften, die der Dritte mit dem magister navis (vgl. D. 14, 1, 1 pr. und 4) oder dem institor (vgl. D. 14, 3, 1) als solchem abschloß, haftete neben diesem der Geschäftsherr. Papinian erstreckte die actio institoria auf den procurator (vgl. D. 14, 3, 19 pr.) und im justinianischen Recht wurde sie als actio quasiinstitoria auf jeden erstreckt, der zum Abschluß eines Geschäfts für den Geschäftsherrn ermächtigt war (sog. procurator unius rei).[1] Da aber der Vertreter selbst nach Zivilrecht und der Geschäftsherr nur neben ihm nach prätorischem Recht haftete und da der Vertreter, wenn er ein Freier war, allein aus dem abgeschlossenen Geschäft berechtigt wurde, handelte es sich hier nicht um Fälle unmittelbarer Stellvertretung. Die adjeticische Haftung des Geschäftsherrn war nur ein durch die rechtliche Unzulässigkeit der unmittelbaren Stellvertretung hervorgerufener Notbehelf.

Da das römische Recht die unmittelbare Stellvertretung nur in so geringem Umfang kannte, und auch keinen Unterschied zwischen dem sog. Grundverhältnis und dem Rechtsverhältnis, auf dem die Vertretungsmacht beruht, machte, kann aus ihm für die Frage des Mißbrauchs der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht nichts entnommen werden. Jedoch hat das römische Recht, insbesondere bei der adjecticischen Haftung, auch für das spätere Stellvertretungsrecht bedeutungsvolle Grundsätze entwik-

[1] So Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, 17. Aufl. S. 472.

kelt. Es wurde nämlich in bestimmten Fällen eine an sich nicht bestehende Ermächtigung des exercitor oder des institor zu Gunsten gutgläubiger Dritter als bestehend angenommen, so vor allem dann, wenn der exercitor oder institor nach außen eine solche Stellung hatte, daß angenommen werden konnte, er sei allgemein zu allen Geschäften ermächtigt, die seine Stellung gewöhnlich mit sich bringt (vgl. D. 14, 1, 1, 5; 14, 3, 11, 2—6 und außerdem D. 14, 3, 17, 4; 46, 3, 34, 3 und 38, 1). Es wurde hier das Interesse des Dritten, in seinem Vertrauen auf das Dasein der Ermächtigung geschützt zu sein, vor dem Interesse des Geschäftsherrn, nur durch einen von ihm tatsächlich Ermächtigten verpflichtet zu werden, bevorzugt.

Das Reichsgericht hat in der Entscheidung Bd. 15, S. 206 der Digestenstelle D. 14, 3, 17, 4 zu Unrecht die Deutung gegeben, sie behandle einen Fall des Mißbrauchs einer erteilten Ermächtigung. In dem dem Reichsgericht vorliegenden Fall hatte ein Schiffskapitän in Vertretung seines Reeders mit einem Schiffsmakler eine Chartepartie geschlossen. Das RG. hat die Klage gegen den Reeder abgewiesen, da diesem eine Einrede der Arglist zustehe, weil der Gegner die Vollmacht des Schiffskapitäns dazu ausgenutzt habe, um mit diesem ein Geschäft abzuschließen, von dem er gewußt habe, daß es den Absichten des Reeders zuwiderlaufe. Das RG. führte zur Begründung dieser Entscheidung an, schon im römischen Recht sei, wie D. 14, 3, 17, 4 zeige, in einem solchen Fall dem Geschäftsherrn eine exceptio gegen die actio institoria gegeben gewesen und die Umstände, die diese Einrede begründet hätten, würden nicht dadurch beeinflußt, daß heute an Stelle der adjecticischen actio institoria eine unmittelbare Vertragsklage gegen den Geschäftsherrn zugelassen sei. Das RG. betrachtet also den in D. 14, 3, 17, 4 von Paulus entschiedenen Fall als einen Fall, in dem von einer dem institor erteilten Ermächtigung in einer ihrem Zweck, die Interessen des Geschäftsherrn zu wahren, widersprechenden Weise Gebrauch gemacht wurde. Dies ist aber nicht der Sinn der Entscheidung des Paulus. Hier hat der Geschäftsherr die dem institor erteilte Ermächtigung einem bestimmten Dritten gegenüber mit Bezug auf bestimmte Geschäfte zurückgenommen. Es besteht damit diesem Dritten gegenüber gar keine Ermächtigung mehr, die mißbraucht werden könnte. Diese teilweise Zurücknahme der Ermächtigung konnte im römischen Recht wegen der Fassung der Formel der actio institoria nicht anders als im Weg der exceptio geltend gemacht werden, denn diese Formel nahm darauf Bezug, daß derjenige, der als institor gehandelt hatte, tabernae praepositus war und dies blieb der institor auch bei Zurücknahme der Ermächtigung einem einzelnen Dritten gegenüber.

Es mußte daher durch Ausnahmeklausel die Condemnation ausgeschlossen werden.[2]

Dagegen will Kipp aus der Entscheidung Julians in D. 41, 4, 7, 6 eine Begründung des vom RG. aufgestellten Satzes entnehmen. Die von Kipp angezogene Stelle lautet: procurator tuus si fundum, quem centum aureis vendere poterat, addixerit triginta aureis in hoc solum, ut te damno adficeret, ignorante emptore, dubitari non oportet, quin emptor longo tempore capiat: nam et cum sciens quis alienum fundum vendidit ignoranti, non interpellatur longa possessio. quod si emptor cum procuratore collusit et eum praemio corrupit, quo vilius mercaretur, non intellegetur bonae fidei emptor nec longo tempore capiet: et si adversus petentem dominum uti coeperit exceptione rei voluntate eius venditae, replicationem doli utilem futuluntate eius venditae, replicationem doli utilem futuram esse.[3, 4] Kipp zieht aus dieser Stelle den Schluß, daß die Handlungen eines gewillkürten Vertreters, der seine Vertretungsmacht wissentlich zum Nachteil des Geschäftsherrn mißbraucht, im Verhältnis zu diesem wirkungslos sind, wenn dieser wissentliche Mißbrauch dem Dritten beim Geschäftsabschluß bekannt war.[5]

Aber auch diese Stelle bezieht sich nicht auf die Frage des Mißbrauchs einer Ermächtigung, die über die im Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Ermächtigtem diesem gezogenen Grenzen hinausgeht. Ein Procurator verkauft hier, um seinen Geschäftsherrn zu schädigen, ein Grundstück des Geschäftsherrn zu einem Preis, der wesentlich niederer ist als der Preis, den er erlösen könnte, wenn er seinen Geschäftsherrn nicht schädigen wollte. Es erhebt sich nun die Frage, ob der Erwerber, der von dem Procurator kein volles Eigentum erwerben kann, nach prätorischem Recht die exceptio rei venditae et traditae erwirbt. Nach Ulpian erwirbt er sie dann nicht, wenn der Geschäftsherr dem Procurator verboten hatte, das Grundstück zu verkaufen (vgl. D. 21, 3, 1, 2) und nach Celsus auch dann nicht, wenn der Geschäftsherr ihm ausdrücklich geboten hatte, es zu einem höheren Preis zu verkaufen (vgl. D. 21, 3, 1, 3). Hier aber hat der Geschäftsherr den Procurator beauftragt und ermächtigt, das Grundstück zu verkaufen, ohne ihm einen bestimmten

---

[2] Kipp, in: Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben, 2. Bd. S. 277/78.

[3] nam et bis possessio und et eum bis mercaretur sind nach Beseler Sav. Z. 44 S. 381 interpoliert.

[4] Der Schluß von den Worten et si an ist nach Krüger S. 8 und 14/15 interpoliert, dagegen Kipp S. 279.

[5] vgl. Kipp a. a. O S. 279; gegen ihn Levy, Kollusion und Mißbrauch im Vollmachtsrecht, Diss. S. 11.

Preis abzugeben, den er dafür erlösen müsse. Der Auftrag und die mit ihm verbundene Ermächtigung sind nun nach dem erkennbaren Willen des Geschäftsherrn auszulegen. Wenn aber dem Vertreter ein allgemeiner Auftrag und eine allgemeine Ermächtigung erteilt ist, so kann, wie oben dargelegt, dem gutgläubigen Dritten nicht schon eine dem Vertreter erkennbare Verletzung des Auftrags sondern nur eine ihm bekannte Einschränkung des Auftrags und der mit diesem verbundenen Ermächtigung entgegengehalten werden. Dieser Grundsatz, der in D. 14, 3, 11, 4 zum Ausdruck kommt, findet auch hier Anwendung. Er ist in D. 41, 4, 7, 6 zum Ausdruck gebracht und nicht der von Kipp dieser Stelle entnommene Grundsatz. Im ersten Satz unserer Stelle ist gesagt, daß der Dritte, der die Auftragsverletzung nicht kennt, in seinem Vertrauen auf die nach außen in Erscheinung tretende allgemeine Ermächtigung geschützt wird, indem zu seinen Gunsten eine in Wirklichkeit nicht vorhandene Ermächtigung als vorhanden angenommen wird und er somit die exceptio rei venditae et traditae erwirbt. Der zweite Satz sagt, daß der schlechtgläubige Dritte diesen Schutz nicht verdient und die genannte exceptio nicht erwirbt.

Während der Vormund, wie oben dargelegt, bei Verpflichtungsgeschäften sich selbst verpflichtete, konnte er an den Sachen des Mündels Eigentum übertragen. Er war vice dominorum (vgl. D. 50, 17, 157 pr.), aber nur soweit seine Handlungen objektiv in den Bereich der vormundschaftlichen administratio fielen (vgl. D. 27, 10, 12; 40, 1, 13) und soweit er ehrlich im Interesse des Mündels handelte (vgl. D. 26, 7, 27; 26, 7, 12, 1; 4, 1, 4, 7, 3). Wenn dies auch keine Stellvertretung in unserem Sinne war, denn der Vormund verfügte im eigenen und nicht im fremden Namen, so stand dem Vormund hier doch eine stellvertretungsähnliche Verfügungsmacht zu, die etwas weiterging, als die ihm im Innenverhältnis zum Mündel gezogene Schranke, die ihm nur erlaubte, im Interesse des Mündels zu verfügen. Verletzte er nicht böswillig, sondern nur fahrlässig das Interesse des Mündels, mißbrauchte er seine Verfügungsmacht also fahrlässig, so war die Verfügung dennoch wirksam. Im Fall des fahrlässigen Mißbrauchs der Verfügungsmacht des gesetzlichen Vertreters, nicht aber im Fall ihres vorsätzlichen Mißbrauchs wurde also das Interesse des Dritten vor dem Interesse des Geschäftsherrn bevorzugt. Gleichgültig war dabei, ob der Dritte den Mißbrauch kannte oder nicht.[6] Dies ist der einzige Fall, in dem schon das römische Recht das Problem der vorliegenden Arbeit kannte und zu ihm Stellung nahm.

[6] So Kipp S. 274/75; Klas, Die Kollusion des Stellvertreters mit dem Geschäftsherrn S. 6/7.

II. Das deutsche Recht.

Auch dem alten deutschen Recht war die Stellvertretung unbekannt. Es war Ehrensache, im Rechtsleben selbst seinen Mann zu stellen.[7] Jedoch kamen zahlreiche Vertretungsverhältnisse kraft genossenschaftlicher und herrschaftlicher Verbundenheit vor.[8] Die erste Ausnahme von dem Grundsatz der Unzulässigkeit der Stellvertretung wurde im Prozeßrecht vor dem Königsgericht gemacht unter der Voraussetzung, daß ein Fall echter Not vorlag und die Vertretungsbefugnis durch besonderes königliches praeceptum verliehen wurde.[9] Im rechtsgeschäftlichen Verkehr diente der Vertrag zu Gunsten Dritter als Ersatz für die unmittelbare Stellvertretung.[10] Eine Ausnahme wurde auch hier für den Besitzerwerb gemacht, der wie im römischen Recht durch Stellvertreter erfolgen konnte.[11] Seit dem 13. Jahrhundert setzte sich der Gedanke der unmittelbaren Stellvertretung gewohnheitsrechtlich allmählich durch.[12] Zunächst war sie nur bei echter Not und mit Vorbehalt persönlicher Nachholung des Geschäfts durch den Geschäftsherrn, seit dem 17. Jahrhundert aber allgemein zulässig.

Auf die Frage des Mißbrauchs der Vertretungsmacht wird lediglich in den Darstellungen des nordgermanischen Rechts eingegangen. Man ging hier gegen den Mißbrauch meist strafrechtlich vor.[13] Ungültig war jedoch der Abschluß einer Landpacht unter Bestechung des vom Grundherrn Bevollmächtigten[14] und der Mündel konnte innerhalb von drei Jahren den durch den Vormund erfolgten Verkauf eines ihm gehörigen Grundstücks rückgängig machen, wenn seine Lage durch den Verkauf verschlechtert wurde.[15]

III. Das gemeine Recht.

Die unmittelbare Stellvertretung blieb trotz der Aufnahme des römischen Rechts zulässig. Sie wurde aber zunächst noch nicht selbständig behandelt, sondern mit den ihr im Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertreter zu

---

[7] Dernburg, Das Bürgerl. Recht des Deutschen Reichs und Preußens Bd. 1, 3. Aufl. § 160 I.

[8] O. v. Gierke, Dt. Privatrecht Bd. 1 S. 296/97.

[9] Heusler, Institutionen d. Dt. Privatr. S. 205.

[10] Heusler S. 208.

[11] Heusler S. 210.

[12] Heusler S. 207; O. v. Gierke a. a. O.

[13] v. Amira, Nordgerman. Obligationenrecht, Bd. 2 S. 381.

[14] v. Amira Bd. 2 S. 382.

[15] v. Amira Bd. 1 S. 571.

Grunde liegenden Rechtsverhältnissen verbunden und den für diese geltenden Rechtsregeln unterstellt. Dabei wurde aus den verschiedenen Rechtsverhältnissen, die Grundverhältnisse rechtsgeschäftlicher Vertretung sein können, der Auftrag herausgegriffen, und die rechtsgeschäftliche Vertretung mit ihm eng verknüpft. Die Worte Vollmacht und Auftrag wurden als gleichbedeutend angesehen. Jeder Auftrag war zugleich Ermächtigung zur Stellvertretung, Bevollmächtigung. Vollmacht und Auftrag entstanden und endeten gemeinsam. Auch soweit, wie erstmals durch Savigny, die Stellvertretung als Rechtsinstitut sui generis behandelt wurde, wurde sie denselben Regeln unterstellt, die für das Grundverhältnis galten, und als äußere Seite desselben mit ihm begrifflich verbunden.[16] Das vom Bevollmächtigten mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft band den Geschäftsherrn nur, wenn es auftragsgemäß war;[17] der bestehende Interessenwiderstreit war also einseitig zu Gunsten des Geschäftsherrn entschieden. Es galten aber die bereits im römischen Recht entwickelten Grundsätze über den Schutz des gutgläubigen Dritten in seinem Vertrauen auf das Vorhandensein einer Vollmacht. Sie erfuhren nun eine weitere Entwicklung.

Bei der gesetzlichen Vertretung des Vormunds hat sich im gemeinen Recht im Anschluß an D. 41, 4, 7, 3 der Satz herausgebildet, daß Handlungen des Vormunds unwirksam sind, wenn er seine Vertretungsmacht dolos zum Nachteil des Mündels mißbraucht hat, wobei es gleichgültig ist, ob der Dritte diesen Mißbrauch kannte oder nicht.[18]

Auch die Kodifikationen der gemeinrechtlichen Zeit haben Bevollmächtigung und Auftrag gleichgestellt. Das ALR. I 13 spricht von „Vollmachtsaufträgen". Der CC behandelt in Art. 1984 die Begriffe Vollmacht und Auftrag (mandat et procuration) als gleichbedeutend. Das ABGB. sagt in § 1002 „Der Vertrag, wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des Anderen zur Besorgung übernimmt, heißt Bevollmächtigungsvertrag". Das vom Vertreter abgeschlossene Geschäft verpflichtete nach diesen gemeinrechtlichen Kodifikationen den Geschäftsherrn nur, wenn es auftragsgemäß war (vgl. ALR. 13 I 90). Jedoch wurde auch in diesen Kodifikationen das Vertrauen des gutgläubigen Dritten auf das Vorhandensein einer Vollmacht weitgehend geschützt.

---

[16] So Puchta, Pandekten, 11. Aufl. Bd. 2 § 275.
[17] Savigny, Das Obligationenrecht Bd. 2 § 37.
[18] So Kipp S. 280.

IV. Die Lehre Labands.

Jhering hat als erster auf die völlige Verschiedenheit des Grundverhältnisses und des Vertretungsverhältnisses hingewiesen.[19] Laband hat dann in seiner Abhandlung über die „Stellvertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allg. HGB." (ZHR. 10 S. 183 ff.) den Unterschied zwischen Grundverhältnis und Vertretungsverhältnis herausgearbeitet und letzteres als ein vom Grundverhältnis verschiedenes und unabhängiges Rechtsverhältnis dargestellt. Nun erst konnte die Ueberschreitung der Vertretungsmacht allgemein vom Mißbrauch der Vertretungsmacht unterschieden werden, bei dem der Vertreter zwar im Rahmen seiner Vertretungsmacht, aber unter zweckwidrigem, d. h. dem Grundverhältnis widersprechendem Gebrauch der Vertretungsmacht handelt. Damit ist das Rechtsgebilde der Stellvertretung in eine neue Stufe seiner geschichtlichen Entwicklung eingetreten, die noch keineswegs zum Abschluß gekommen war, als das BGB entstand.

A. Die Stellvertretung im materiellen Zivilrecht.

I. Die Stellvertretung auf Grund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht.

a) Im bürgerlichen Recht.

§ 3.

1. Die Entstehung der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht.

I. Entstehung durch Bevollmächtigung.

Die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht, Vollmacht genannt, entsteht durch Bevollmächtigung des Vertreters seitens des Geschäftsherrn.[1] Diese ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Eine Annahme seitens des Bevollmächtigten ist nicht erforderlich.[2] Nach § 167 BGB. kann die Vollmacht sowohl durch Erklärung gegenüber dem Vertreter wie durch Erklärung gegenüber dem Dritten erteilt werden. Sie kann aber weiter auch durch eine öffentlich abgegebene Willenserklärung erteilt werden. Wenn § 167 BGB. diese Möglichkeit der Vollmachtserteilung nicht erwähnt, so ergibt sie sich doch aus seiner

---

[19] vgl. Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte JJ. 1, S. 313.

[1] Schloßmann (Lehre v. d. Stellvertr.) leugnet das reale Vorhandensein der Vollmacht überhaupt.

[2] Vgl. Motive I S. 229. Als einen Vertrag sehen die Bevollmächtigung an: Laband S. 208 und v. Seeler, Arch. Bürgerl. R. 28, 1 ff.

sinngemäßen Auslegung für die Fälle, in denen eine wirksame Stellvertretung jedermann gegenüber ermöglicht werden soll.[3] Die Willenserklärung, durch die die Vollmacht erteilt wird, kann eine ausdrückliche oder eine schlüssige sein.

II. Entstehung gemäß §§ 171/72 BGB.

Nach §§ 171/72 BGB. entsteht eine Vertretungsmacht auch dann, wenn der Geschäftsherr durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben hat, daß er einen andern bevollmächtigt habe, oder wenn er dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt und dieser sie dem Dritten vorgelegt hat.

Diese Vertretungsmacht beruht nicht auf einer Bevollmächtigung, denn eine solche braucht in einer solchen Kundgebung selbst dann nicht zu liegen, wenn die Bevollmächtigungshandlung, auf die sie sich bezieht, ungültig war oder nicht stattgefunden hat.[4] Es ist eine Auslegungsfrage, ob in einer solchen Kundgebung in Wahrheit eine Bevollmächtigung liegt.[5] Die Vertretungsmacht beruht auch nicht auf einem vollmachtsähnlichen Rechtsgeschäft, sie beruht vielmehr auf der Anwendung des Grundsatzes, daß der Geschäftsherr, der durch ein ihm zurechenbares Verhalten Veranlassung für die Entstehung des Rechtsscheins einer Vollmacht gegeben hat, dem auf diesen Rechtsschein vertrauenden Dritten haftet, weil er es in der Hand hat, die Entstehung eines solchen Rechtsscheins zu vermeiden.[6]

Die Rechtsfolge der Entstehung einer Vertretungsmacht wird hier vom Gesetz an ein rein tatsächliches Verhalten des Geschäftsherrn geknüpft[7], das nicht anfechtbar ist.[8] Diese Vertre-

---

[3] So Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Bemerk. 3 c zu § 167; Planck-Flad, Bem. 2 c zu § 167; Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Bem. 41 vor §§ 48 ff.; v. Tuhr § 85 Anm. 25.

[4] Vgl. v. Seeler S. 15/16. a. A. Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Bem. 2 zu §§ 171/72; Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 4 zu § 171; Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Bem. 41 vor §§ 48 ff.; Staud, Die Entwickl. d. abstrakt. Natur der Vollmacht und ihre Handhab. i. d. Rechtspr. des RG. S. 3.

[5] Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 171 Anm. 10.

[6] Oertmann, 3. Aufl. Bem. 1 a α zu § 171; Staub-Bondi, 14. Aufl. Anh. zu § 58 Bem. 2.

[7] So v. Seeler S. 3; Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerl. Rechte S. 73, 85/86; Stoll, Haftung aus Bescheinigung AZP. 135 S. 103 ff.

[8] So Wellspacher S. 93; Jacobi JW. 25, 2449. Anders diejenigen, die diese Vertretungsmacht auf ein Rechtsgeschäft zurückführen sowie Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 4 d α zu § 167, 3 zu § 171 und 1 a α zu § 172; Lehmann, 4. Aufl. § 36 V 2 b β; Cosack-Mitteis, 8. Aufl. 1. Bd. § 102 II 4; und Manigk, Stillschweigend bewirkte Vollm. i. Hand.Recht in Arbeiten

tungsmacht ist also eigentlich keine gewillkürte Vertretungsmacht, sie unterscheidet sich aber von den übrigen Fällen der gesetzlichen Vertretungsmacht dadurch, daß die Vertretungsmacht nicht an eine bestimmte Stellung des Vertreters geknüpft ist, sondern ein dem Geschäftsherrn zurechenbares Verhalten erfordert. Dieses Verhalten wird in § 171 BGB. in der Mitteilung an einen Dritten oder in der öffentlichen Bekanntmachung und in § 172 BGB. in der Aushändigung der Urkunde an den Vertreter erblickt. Die Vollmachtsurkunde darf daher nicht vom Vertreter widerrechtlich erlangt oder gefälscht sein,[9] während im Fall des § 370 BGB., in dem auch auf Grund veranlaßten Rechtsscheins eine Ermächtigung, nicht eine Vollmacht, vermutet wird, die Ausstellung der Quittung durch den Geschäftsherrn genügt und eine Ermächtigung des Ueberbringers auch angenommen wird, wenn dieser die Quittung entwendet oder gefunden hat.[10]

Der Dritte muß im Vertrauen auf den vom Geschäftsherrn hervorgerufenen Rechtsschein mit dem Vertreter verhandelt haben. Deshalb muß er im Fall des § 171 BGB. von der Mitteilung oder der Bekanntmachung tatsächlich Kenntnis erhalten haben. Es genügt nicht, daß die Mitteilung ihm zugegangen ist. Die Ansicht der Motive (I S. 239), daß eine solche Beschränkung der Wirksamkeit der Bekanntmachung zu weit gehe, ist angesichts des sich deutlich ergebenden Zwecks des Gesetzes, den Dritten in seinem Vertrauen zu schützen, nicht bindend.[11]. Dagegen genügt zur Entkräftung des Rechtsscheins, daß die Erlöschensanzeige gemäß § 171 Abs. 2 BGB. dem Dritten zugegangen ist, denn dafür, daß der Dritte von der ihm zugegangenen Anzeige noch keine Kenntnis genommen hat, kann der Geschäftsherr nicht verantwortlich gemacht werden.[12] Im Fall des § 172 BGB. muß die Vollmachtsurkunde, selbst wenn sie früher schon vorgelegt wurde, im Verlauf der Verhandlungen, die zum Abschluß des Geschäfts führen, vorgelegt werden.[13] Auch hier

---

z. Handels-, Gewerbe- und Landwirtsch.R. Bd. 62 S. 604/5, die hier Rechtshandlungen im engeren Sinn erblicken, auf die sie die für die Willenserklärungen geltenden Bestimmungen über die Anfechtung wegen Willensmängeln entsprechend anwenden unter dem Hinweis, daß wegen der bloßen irrigen Vorstellung, die Bevollmächtigung sei erfolgt, keine Anfechtung möglich ist.

[9] So Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Bem. 4 vor §§ 48 ff.; Oertmann, Grundz. z. Lehre v. Rechtsschein in ZHR. 95, 471.

[10] Enneccerus-Lehmann, 11. Bearb. § 61 I; Heck, Grundriß des Schuldr. § 55, 9, 10 a und b; Oertmann ZHR. 95, 472; v. Seeler S. 41.

[11] So v. Seeler S. 17, a. A. Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Bem. 4 zu §§ 171/172.

[12] Hupka, Die Vollmacht, S. 432.

[13] Hupka S. 170.

ist die gegenteilige Ansicht der Motive (I S. 239) nicht bindend, da sie dem Sinn des § 172 Abs. 2 BGB. widerspricht, wie er in Prot. I S. 249 dargelegt ist.

Der Dritte muß hinsichtlich des tatsächlichen Bestehens der Vollmacht gutgläubig sein.[14] Hier ist bestritten, ob die Gutgläubigkeit nur ausgeschlossen ist, wenn der Dritte wußte, daß eine Vollmacht in Wirklichkeit nicht erteilt worden ist und durch die Kundgebung i. S. der §§ 171/72 BGB. auch nicht erteilt werden sollte[15], oder auch, wenn er dies nur wissen mußte. Die Vertreter der letzteren Ansicht wenden das in § 173 BGB. für den Fall, daß die Vollmacht nach ihrer Kundgebung erloschen ist, gegebene Werturteil auch auf den Fall an, daß eine in Wahrheit nicht zur Entstehung gekommene Vollmacht kundgegeben wird.[16] Was für das Erlöschen der Vollmacht gilt, kann man aber nicht ohne weiteres auf die Entstehung der Vollmacht übertragen, denn mit dem Erlöschen muß der Dritte stets — auch bei Kundgabe der Vollmacht — rechnen, während er hinsichtlich der Entstehung auf die Kundgabe ohne weitere Nachprüfung vertrauen darf. Nur wenn der Dritte weiß, daß die Vollmacht in Wirklichkeit nicht zur Entstehung gelangt ist, ist er nicht gutgläubig. In diesem Fall ist der Tatbestand des § 826 BGB. erfüllt, denn wenn der Dritte wußte, daß die Vollmacht in Wirklichkeit nicht zur Entstehung gelangt war und trotzdem mit dem Vertreter ein Geschäft abgeschlossen hat, durch das der Geschäftsherr geschädigt wird, so hat er diesem in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt, denn hier hätte er sich in der Verfolgung seiner Interessen Beschränkung auferlegen müssen. Hier kann der Geschäftsherr nach §§ 826, 249 BGB. von dem Dritten Befreiung von der für ihn aus dem abgeschlossenen Geschäft entstandenen Verbindlichkeit verlangen bzw. nach § 853 BGB. der Forderung des Dritten eine Einrede entgegenhalten. Auch in dem verwandten Fall der Abtretungsanzeige durch den Gläubiger an den Schuldner muß dieser nach § 409 BGB. nicht prüfen, ob die Abtretung wirklich wirksam erfolgt ist, sondern wird er dem Gläubiger nur dann nach § 826 BGB. schadensersatzpflichtig, wenn er an den Erwer-

---

[14] a. A. v. Seeler S. 37; Manigk S. 606 u. 611.

[15] So Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 3 zu § 173; Staub-Bondi, 14. Aufl. Anh. zu § 58 Bem. 3.

[16] So Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 171 Anm. 13; Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Bem. 31, 41 und 46 vor §§ 48 ff.; Stoll AZP 135, 110; Oertmann ZHR. 95, 470/71 entgegen seiner früheren Ansicht in Komm. 3. Aufl. Bem. 2 c zu § 171, 2 b zu § 172 und 1 zu § 173; v. Seeler Seite 43.

ber leistet, obwohl er weiß, daß eine wirksame Abtretung nicht erfolgt ist.[17]

Die §§ 171/73 BGB. sind auch der sinngemäßen Anwendung auf andere Fälle fähig, auf die der ihnen zu Grunde liegende Gedanke des Vertrauensschutzes gegenüber veranlaßtem Rechtsschein zutrifft.[18] Eine solche sinngemäße Anwendung widerspricht nicht dem in den Motiven (I S. 236) ausgesprochenen Grundsatz, daß der gute Glaube an das Bestehen einer Vollmacht nicht allgemein geschützt ist, sondern nur dann, wenn der Dritte für sein Vertrauen einen besonderen Anhalt hat, denn bei der sinngemäßen Anwendung der §§ 171/72 BGB. ist darauf zu achten, daß der Geschäftsherr durch sein Verhalten dem Dritten einen ebenso starken Anhalt für sein Vertrauen gegeben haben muß, wie in den Fällen der §§ 171/72 BGB. Diese sinngemäße Anwendung führt zu ähnlichen Ergebnissen wie die englische Lehre von der agency by estoppel, nach der demjenigen, der durch sein Verhalten einen Dritten zu dem Glauben verleitet hat, ein anderer sei zu seiner Vertretung befugt, dem darauf vertrauenden Dritten gegenüber der Beweis abgeschnitten ist, daß tatsächlich keine Vertretungsmacht erteilt wurde.[19]

So greift die Haftung aus veranlaßtem Rechtsschein dann Platz, wenn der Geschäftsherr dem Vertreter durch Anstellung nach außen hin eine Stellung gegeben hat, die auf die Erteilung einer Vollmacht schließen läßt (Beisp. Haushälterin)[20]. Dieser Grundsatz, der im römischen Recht für den magister navis und den institor galt und der im Handelsrecht nach § 56 HGB. für Ladenangestellte gilt, muß auch im Bürgerlichen Recht Anwendung finden können. Weiter haftet der Geschäftsherr auch dann, wenn er wiederholt geduldet hat, daß ein anderer als sein Stellvertreter aufgetreten ist, gleichgültig ob in dieser Duldung eine stillschweigende Vollmachtserteilung erblickt werden kann[21] oder nicht, weil er verpflichtet ist, Vorkehrungen gegen ein solches Auftreten des andern zu treffen.[22] Für das Handelsrecht

---

[17] Enneccerus-Lehmann, 11. Bearb. § 81 II 1 b.

[18] So Wellspacher S. 95; v. Seeler S. 37; Jacoby JW 25, 2449; ROHG. 22 Nr. 87; RG. in JW. 25 S. 1753; Warn. 1913 S. 165. a. A. Manigk S. 620; Titze JW. 1925 S. 1753.

[19] Anson, Die Grundzüge des engl. Vertragsrechts S. 383; Langenbach, Grundzüge des Law of agency S. 19.

[20] Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Bem. 47 vor §§ 48 ff.; Wellspacher Seite 102.

[21] Eine solche sehen stets als vorliegend an: Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 6 zu § 167; v. Tuhr § 85 IV; Lehmann § 36 V 2 a β; Manigk S. 633 ff.

[22] So Wellspacher S. 95; v. Rümelin, Handeln in fremdem Namen AZP. 93 S. 300/301; a. A. Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 6 zu § 167; v. Tuhr § 85 IV; Manigk S. 606/8.

hat sich dieser Satz gewohnheitsrechtlich entwickelt.[23] Seiner Uebertragung auf das Bürgerliche Recht steht nichts entgegen.[24]

In den Fällen, in denen die §§ 171/72 BGB. unmittelbar oder sinngemäß Anwendung finden, ist dem Dritten die Gefahr, die er sonst tragen muß, daß der ihm gegenüber auftretende Vertreter auch tatsächlich bevollmächtigt ist, ebenso abgenommen, wie sie ihm durch § 170 BGB. i. Verb. mit § 173 BGB. für den Fall abgenommen ist, daß er hinsichtlich der unveränderten Fortdauer einer ihm gegenüber erteilten, inzwischen aber, ohne daß ihm eine dahingehende Mitteilung zugegangen ist, erloschenen oder beschränkten Vollmacht gutgläubig ist.

III. Unabhängigkeit der Entstehung der Vollmacht vom Grundverhältnis.

Das BGB. folgt der seit Laband herrschenden Lehre und betrachtet die Vollmacht als ein vom Grundverhältnis verschiedenes Rechtsverhältnis.[25] Wenn aber die Vollmacht auch ein vom Grundverhältnis verschiedenes Rechtsverhältnis ist, so erhebt sich doch die weitere Frage, ob sie von dem zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertreter bestehenden Rechtsverhältnis abhängig ist oder nicht, und zwar hinsichtlich ihres Entstehens, Umfangs und Untergangs. Diese Frage wird meist dahin gestellt, ob die Vollmacht abstrakt oder causal ist. Diese Fragestellung ist jedoch irreführend, denn nach dem üblichen Sprachgebrauch kann von abstrakten im Gegensatz zu causalen Rechtsgeschäften nur bei Geschäften die Rede sein, die eine Vermögenszuwendung oder -minderung zum Ziel haben, also z. B. beim Uebereignungsgeschäft im Gegensatz zum Kaufgeschäft. Als causae sind nur denkbar die causa solvendi, die causa credendi und die causa donandi.[26] Das Grundverhältnis bei der Vollmacht gibt zwar Aufschluß über die Beweggründe der Bevollmächtigung; die Beweggründe sind aber von den causae zu unterscheiden. Irreführend ist es auch, wenn man die Frage dahin stellt, ob die Vollmacht zum Grundverhältnis accessorisch

---

[23] So Stoll AZP. 135, 112; Heymann, in: Die Reichsger. Pr. im deutsch. Rechtsleben Bd. 4 S. 331; ROHG. 10 Nr. 26; RG. 1, 8; 22, 70; 100, 48; 117, 164; JW. 1928 S. 1054; Seuff. Arch. 47 Nr. 44; Warn. 1913 Nr. 130; 1923/24 Nr. 157; 1926 Nr. 154. Diese Entscheidungen verquicken den genannten Gesichtspunkt allerdings z. T. mit dem der stillschweigenden Bevollmächtigung.

[24] So Stoll AZP. 135 S. 112; Heymann S. 331.

[25] Anders Schloßmann, Lehre v. d. Stellvertretung und v. Seeler, Arch. Bürgerl. R. 28 S. 9/12.

[26] Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 3 zu § 167; Staud S. 12; Dittmar, Mißbrauch der Vollmacht, S. 8.

ist oder nicht[27], da hier nicht zwei subjektive Rechte nebeneinanderstehen, wie z. B. Forderung und Hypothek. Es ist daher am klarsten, die Frage dahin zu stellen, ob die Vollmacht vom Grundverhältnis abhängig oder unabhängig ist[28]. Gebraucht man eine der beiden anderen Fragestellungen, so muß man sich stets vor Augen halten, daß diese Fragestellung hier in einem anderen Sinne als dem sonst üblichen gebraucht ist.

Während das Gesetz in § 168 Satz 1 BGB. bestimmt, daß das Erlöschen der Vollmacht sich im Zweifel nach dem Grundverhältnis richtet, daß sie also hinsichtlich des Erlöschens vom Grundverhältnis abhängig ist, soweit sich nicht im Weg der Auslegung etwas anderes ergibt[29], ist dies für die Entstehung der Vollmacht bestritten. Die Motive lassen eine Stellungnahme zu dieser Frage nicht erkennen, sondern stellen nur die Verschiedenheit der Vollmacht und des Grundverhältnisses fest. Aus den Prot. I S. 145 ergibt sich, daß die zweite Kommission der Meinung war, daß die Vollmacht sich „stets an ein anderes Rechtsverhältnis anlehne und mit dessen Existenz stehe und falle". Im Gesetz kam diese Meinung jedoch nicht klar zum Ausdruck. Daher sind im Schrifttum die verschiedensten Ansichten vertreten. Im wesentlichen sind es folgende:

Die herrschende Lehre sieht im Anschluß an Laband[30] die Vollmacht als in ihrer Entstehung vom Grundverhältnis unabhängig an.[31] Auf die Gründe, die für diese Ansicht geltend gemacht werden, wird unten näher eingegangen.

Andere ziehen aus § 168 Satz 1 BGB. einen Analogieschluß auf die Entstehung der Vollmacht und nehmen mit den Protokollen auch ihre Abhängigkeit vom Grundverhältnis an.[32] Die Unterscheidung der Vollmacht vom Grundverhältnis hat für diese Lehre nur theoretische Bedeutung. Dabei sprechen sich die meisten Vertreter dieser Ansicht[33] bei einer dem Dritten gegenüber erteilten Vollmacht für eine entsprechende Anwendung der §§ 170—173 BGB. aus, sodaß der Dritte sich auf die ihm gegenüber erteilte, aber in Wirklichkeit wegen ihrer Ab-

---

[27] So Oertmann, 3. Aufl. Bem. 1 d zu § 167.

[28] so Lehmann, 4. Aufl. § 36 V 2 a β und 3 b; Dittmar S. 8.

[29] Vgl. Motive I S. 234.

[30] ZHR. 10 S. 206/8 und 239/41.

[31] So Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Bem. 7 zu § 164; Oertmann, 3. Aufl. Bem. 1 d zu § 167; Ennecerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 171 II 5; Cosack-Mitteis, 8. Aufl. Bd. 1 § 102 I 4; Lehmann, 4. Aufl. § 36 V 2 a β und 3 b, v Tuhr § 85 I; Stoll, Vertrag und Unrecht, § 13 II 2 a; Staud S. 14/21; OLG. 22, 174.

[32] So Planck, 3. Aufl. Bem. 3 zu § 167; Dernburg, Das Bürgerl. Recht d. Dt. Reichs u. Preuß. Bd. 1, 3. Aufl. § 163 V; Wellspacher S. 79/82; Dittmar S. 35/38.

[33] So Planck, Wellspacher u. Dittmar jeweils a. a. O.

hängigkeit vom Grundverhältnis nicht bestehende Vollmacht verlassen kann, wenn er nicht weiß oder wissen muß, daß das Grundverhältnis nicht oder nicht gültig zur Entstehung gekommen ist, während bei einer dem Bevollmächtigten gegenüber erteilten Vollmacht das Vertrauen des Dritten nicht für schutzwürdig angesehen wird.[34] Nach Planck und Dittmar[35] ist diese Regel aber nur eine dispositive und kann die Vollmacht vom Geschäftsherrn auch abstrakt erteilt werden, eine dahingehende Absicht des Geschäftsherrn muß jedoch aus den Umständen ersichtlich sein.

Nach Endemann[36] ist die dem Dritten gegenüber erteilte Vollmacht in ihrer Entstehung vom Grundverhältnis abhängig. Sie allein ist echte Vollmacht, während die dem Bevollmächtigten gegenüber erteilte Vollmacht unechte Vollmacht und in ihrer Entstehung vom Grundverhältnis abhängig ist. Diese Unterscheidung von echter und unechter Vollmacht findet jedoch im Gesetz keine Stütze.

Entgegen Planck, 3. Aufl. stellt Planck-Flad, 4. Aufl.[37] darauf ab, ob der Geschäftsherr die Abhängigkeit oder die Unabhängigkeit der Vollmacht vom Grundverhältnis wollte. Ersteres nimmt er bei der Innenvollmacht als Regel an, auch wenn ihre Erteilung mit der Begründung des Grundverhältnisses nicht zeitlich zusammentrifft, außer wenn der Geschäftsherr bei der Vollmachtserteilung die Gründe, die zur Nichtigkeit des Grundverhältnisses führen, kannte. Letzteres nimmt er bei der Außenvollmacht als Regel an. Es handelt sich also nach Planck-Flad lediglich um eine Auslegungsfrage. Da der Geschäftsherr aber mit der Nichtigkeit des Grundverhältnisses nicht zu rechnen pflegt, kann aus dem Parteiwillen für diese Frage in der Regel nichts entnommen werden.[38] Es handelt sich hier um eine Frage der Gesetzes- und nicht der Rechtsgeschäftsauslegung.

M. E. muß man sich mit der herrschenden Lehre für die Unabhängigkeit der Vollmacht entscheiden. Dies ergibt sich aus der Fassung des § 167 BGB., in dem eine Abhängigkeit nicht angedeutet ist und aus dem zu entnehmen ist, daß die Entstehung und auch der Umfang der Vollmacht aus ihr selbst zu beurteilen sind.[39] Ein Analogieschluß aus § 168 Satz 1 BGB. ist abzulehnen, weil es doch sehr merkwürdig wäre, wenn das

---

[34] Vgl. Wellspacher S. 81.
[35] Jeweils a. a. O.
[36] Lehrb. d. Bürgerl. Rechts Bd. 1, 8. Aufl. § 81.
[37] Bem. 3 zu § 167.
[38] So v. Tuhr § 85 I; Wellspacher S. 82.
[39] So Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Bem. 1 d zu § 167; Oertmann, 3. Aufl. Bem. 1 d zu § 167 und Lehmann, 4. Aufl. § 36 V 3 b.

Gesetz einen so wichtigen Grundsatz des ganzen Vollmachtsrechts bei der Regelung der Beendigung der Vollmacht aussprechen würde. § 168 Satz 1 BGB. ist daher als Ausnahmevorschrift für das Erlöschen der Vollmacht anzusehen.[40] Eine Abhängigkeit der Vollmacht kann auch aus Gründen der Verkehrssicherheit nicht angenommen werden, da es für den Dritten schwierig und häufig sogar unmöglich sein wird, das Grundverhältnis zu prüfen, und da die Vorschriften über den Gutglaubensschutz in §§ 170, 173 BGB. allein auf das Erlöschen der Vollmacht zugeschnitten sind.[41] Daß das Gesetz eine Vollmacht trotz Nichtigkeit des Grundverhältnisses für möglich hält, zeigt auch § 165 BGB., nach dem ein Minderjähriger gültig bevollmächtigt werden kann, während das zwischen ihm und dem Geschäftsherrn bestehende Grundverhältnis nur bei Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gültig ist.[42] Dagegen kann man die Unabhängigkeit der Vollmacht nicht, wie es manche versuchen, auch damit begründen, daß es Vollmachten gebe, denen kein, sei es auch unwirksames, Grundverhältnis zu Grunde liegt.[43] Es ist keinem Vertreter dieser Ansicht gelungen, ein Beispiel einer Vollmacht ohne Grundverhältnis zu finden. Der Vollmacht liegt immer ein, wenn auch unwirksames, Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertreter zu Grunde.[44]

Der Geschäftsherr kann aber die Entstehung der Vollmacht von der Gültigkeit des Grundverhältnisses abhängig machen, indem er diese zur Bedingung für die Entstehung der Vollmacht macht[45], ebenso wie bei der Uebereignung der Veräußerer die Gültigkeit des Grundgeschäfts zur Bedingung machen kann. Eine solche Bedingung kann auch schlüssig zum Ausdruck gebracht sein. Es müssen jedoch besondere Umstände vorliegen, damit eine solche schlüssige Bedingung angenommen werden kann. Sie wird bei einer nicht mit dem Grundverhältnis in einer Erklärung zusammentreffenden Innenvollmacht leichter angenommen werden können als bei einer Außenvollmacht. Bei der dem Bevollmächtigten gegenüber erteilten Vollmacht trifft die Bevollmäch-

---

[40] Oertmann a. a. O.; Lehmann a. a. O.; Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 171 II 5 a α und β; Dittmar S. 24; Staud S. 17/18.

[41] Lehmann a. a. O.; Enneccerus-Nipperdey, 13, Bearb. § 171 II 5 a δ; Staud S. 17.

[42] Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Bem. 1 zu § 167; Oertmann, 3. Aufl. Bem. 1 d zu § 167; Staud S. 15.

[43] So Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Bem. 4 zu § 168; Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 171 II 4; Lehmann, 4. Aufl. § 36 V 3 a; v. Tuhr, § 85 II.

[44] So Hupka S. 56.

[45] So Staub-Bondi, 14. Aufl. Anh. zu § 58 Bem. 11; Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 171 II 5 b; Cosak-Mitteis, 8. Aufl. Bd. 1 § 102 I 4; Lehmann, 4. Aufl. § 36 V 3 b.

tigung häufig mit der Begründung des Grundverhältnisses in einer Erklärung zusammen. Hier ist nach § 139 BGB. die Vollmachtserteilung bei Nichtigkeit des Grundverhältnisses ebenfalls nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß sie trotz Ungültigkeit des Grundverhältnisses vorgenommen worden wäre.[46] Dies wird in der Regel nur dann angenommen werden können, wenn der Geschäftsherr die Gründe, die die Ungültigkeit des Grundverhältnisses hervorrufen, kannte und trotzdem die Vollmacht erteilt hat. Wenn auch beim Zusammentreffen von Grundgeschäft und Uebereignung § 139 BGB. nach richtiger Ansicht nicht anwendbar ist, da er dem Erhaltungsinteresse dient, während die Abstraktheit der Uebereignung das Verkehrsinteresse gerade auf Kosten dieses Erhaltungsinteresses bevorzugt, so kann er doch beim Zusammentreffen von Auftrag und Vollmacht Anwendung finden, denn ein solches Zusammentreffen ist nur bei der Innenvollmacht denkbar und bei dieser ist das Verkehrsinteresse nicht in dem Maß schutzwürdig und geschützt wie bei der Außenvollmacht. Dies zeigt schon das Fehlen eines Schutzes des guten Glaubens an ihre Fortdauer entsprechend § 170 BGB. Der Dritte, der auf sie vertraut, handelt auf eigene Gefahr (daher auch § 174 Satz 1 BGB.).[47]

Für die Entstehung einer Vertretungsmacht auf Grund der §§ 171, 172 BGB. ist die Ungültigkeit des Grundverhältnisses ohne Bedeutung. Hier kann die Vertretungsmacht entstehen, ohne daß überhaupt ein Grundverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Vertreter besteht. Jedoch ist es möglich, daß der Dritte infolge seiner Kenntnis vom Nichtbestehen des Grundverhältnisses auch hinsichtlich des Bestehens einer Vollmacht nicht gutgläubig ist.

§ 4.

Der Umfang der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht.

Auch in ihrem Umfang ist die Vollmacht nicht begrifflich vom Grundverhältnis abhängig, was sich wiederum aus dem Wortlaut des § 167, dem Fehlen von Schutzbestimmungen zu Gunsten des gutgläubigen Dritten und aus dem bei der Vollmacht im Vordergrund stehenden Verkehrsinteresse ergibt.[1] In neuester

[46] So Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 3 zu § 167; Staub-Bondi, 14. Aufl. Anh. zu § 58 Bem. 11; Staud S. 69/70; RG. 50, 163; 81, 49 und 97, 273.

[47] Gegen die Anwendung des § 139 BGB.: Oertmann, 3. Aufl. Bem. 1 d zu § 167; v. Tuhr § 85 II Anm. 55.

[1] So besonders Staub-Bondi, 14. Aufl. Anh. zu § 58 Bem. 11; Cosak-Mitteis, 8. Aufl. Bd. 1 § 106 II 2; v. Tuhr § 85 II; Stoll, Vertrag und Unrecht, § 13 II 2 a; Laband ZHR. 10 S. 206/8; Endemann, 8. Aufl. Bd. 1 § 81 unterscheidet auch hier zwischen Außen- und Innenvollmacht und bezeichnet nur die Erstere als vom Grundverhältnis unabhängig.

Zeit bekämpft besonders Siebert[2] die Unabhängigkeit des Umfangs der Vollmacht vom Grundverhältnis. Der richtige Gedanke, daß ein Rechtsmißbrauch in Wahrheit eine Rechtsüberschreitung ist[3], muß nach seiner Ansicht auch bei rechtlichen Fähigkeiten und damit auch bei der Vollmacht Anwendung finden.[4] Nach Siebert wird die Vertretungsmacht somit durch die Pflichtstellung des Vertreters inhaltlich gestaltet.[5] Das Vertrauen redlicher Dritter im Verkehr ist nach Siebert zwar schutzwürdig, dieser Verkehrsschutz begründet aber nicht die Annahme der Unabhängigkeit der Vertretungsmacht hinsichtlich ihres Umfangs.[6] In welchem Grad das Vertrauen des Dritten schutzwürdig ist, muß nach Siebert aus Treu und Glauben abgeleitet werden; der Grad des Verkehrsschutzes kann bei den verschiedenen Arten der Vertretungsmacht ein verschiedener sein[7], bei der beschränkbaren rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht geben die §§ 173, 179 Abs. 3 BGB., 54 Abs. 3 HGB. einen Anhalt, der Dritte wird also geschützt, wenn er die Pflichtverletzung des Vertreters weder kannte noch infolge Fahrlässigkeit nicht kannte.[8] Sieberts Ansicht kann nicht beigetreten werden. Der Pflichtgedanke, unter dem jedes Rechtsinstitut steht, beeinflußt zwar auch das Recht der Stellvertretung. Seiner Uebertragung auf das Außenverhältnis steht jedoch bei der Vollmacht entgegen, daß, wie die oben ausgeführte sinngemäße Gesetzesauslegung ergibt, das Verkehrsinteresse hier so stark im Vordergrund steht, daß seinetwegen die Vertretungsmacht von der Pflichtstellung des Vertreters im Innenverhältnis losgelöst wird, mit anderen Worten, daß die Vollmacht eine vom Grundverhältnis grundsätzlich unabhängige Legitimation des Vertreters gegenüber dem Dritten darstellt.

Der Umfang der Vollmacht ist im Weg der Auslegung der Erklärung, durch die sie erteilt ist, unter Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Auslegung von Rechtsgeschäften (§§ 133, 157 BGB.) zu ermitteln.[9] Eine Auslegungsregel enthält das Gesetz in § 714 BGB. für den Umfang der Vollmacht des Gesellschafters (im übrigen gelten hier keine besonderen Vorschrif-

---

[2] Zur Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht ZStW. 95 S. 629 ff.
[3] S. 629/30.
[4] S. 631.
[5] S. 643, 654.
[6] S. 644, 654.
[7] S. 649.
[8] S. 650/51.
[9] So Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 7 zu § 167; Staub-Bondi, 14. Aufl. Anh. zu § 58 Bem. 8; Enneccerus-Nipperdey, 15. Bearb. § 172 I 1; Cosak-Mitteis, 8. Aufl. Bd. 1 § 103 I 3; Mack, Die Kollusion bei der Stellvertretung S. 46.

ten, insbesondere auch nicht hinsichtlich des Schutzes gutgläubiger Dritter).

Man unterscheidet im allgemeinen hinsichtlich des Umfangs Spezial-, Gattungs- und Generalvollmachten, je nachdem die Vollmacht einzelne Rechtshandlungen, eine Gattung solcher oder eine Gruppe verschiedenartiger Rechtshandlungen umfaßt. Im einzelnen ergibt sich der Umfang der Vollmacht stets durch sinngemäße Auslegung.

Auch der Generalvollmacht sind in ihrer Wirkung nach außen durch Treu und Glauben Grenzen gesetzt.[10] Eine unbeschränkt gefaßte Vollmacht deckt ein vom Bevollmächtigten abgeschlossenes Geschäft nicht, das so außergewöhnlicher Natur ist, daß der Dritte sich sagen muß, der Geschäftsherr könne ein solches Geschäft unmöglich gut heißen.[11] Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn ein Vertreter mit Vollmacht zum Einkauf von Getreidevorräten einen Kaufvertrag über mehrere Zentner Getreide abschließt und sich dabei verpflichtet, für den zweiten Zentner doppelt so viel wie für den ersten und so weiter in geometrischer Progression zu bezahlen.[12] Dagegen deckt eine Generalvollmacht, die auch die Verfügung über die Substitution umfaßt, im Zweifel auch eine vom Vertreter in seinem eigenen Interesse eingegangene Bürgschaft[13], denn sie ist nicht auf die Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn beschränkt.[14]

Wenn über den Umfang der Vollmacht Zweifel bestehen, so muß der geringere Umfang angenommen werden.[15] Eine unklare Einschränkung der Vollmacht ist jedoch nicht zu berücksichtigen.[16] Vollmachtsbeschränkungen müssen eine bestimmt unterscheidbare, nach allgemeinen und objektiven Merkmalen erkennbare Grenzlinie aufweisen. Eine Beschränkung einer Einkaufsvollmacht, die dahin geht, daß der Vertreter ganz gute Mittelware einzukaufen hat, ist für den Dritten nicht deutlich genug, denn solche Abstufungen fallen dem subjektiven Ermessen anheim.[17] In der bei Generalvollmachten häufigen Wendung „der Vertreter darf alle Rechtsgeschäfte vornehmen, die in meinem Interesse liegen" ist noch keine Beschränkung der Vollmacht auf solche Geschäfte zu erblicken, die tatsächlich im In-

---

[10] So Oertmann, 3. Aufl. Bem. 6 zu § 167.
[11] So Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Bem. 8 d zu § 167.
[12] Seuff. A. 29 Nr. 122.
[13] Seuff. A. 47 Nr. 106.
[14] RG. 71, 219. a. A. Klas S. 4.
[15] So RGRK. 8. Aufl. Bem. 3 b β zu § 166; JW. 1913 S. 1034 und 1934. SK. 83 a. A. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. S. 272.
[16] So Hupka S. 179.
[17] Seuff. A. 18 Nr. 134.

teresse des Geschäftsherrn gelegen sind.[18] Jedoch wird durch die Vollmacht, gute Mittelware einzukaufen, bezw. durch die Generalvollmacht, alle Geschäfte vorzunehmen, die im Interesse des Geschäftsherrn liegen, der Einkauf von offensichtlich mangelhafter oder Primaware bzw ein Geschäft, das offensichtlich nicht im Interesse des Geschäftsherrn liegt, nicht gedeckt. Ist dem Dritten, ohne daß er weitere Nachforschungen und Erkundigungen anstrengen muß, erkennbar, daß das vom Vertreter beabsichtigte Geschäft nicht im Interesse des Geschäftsherrn liegt, so wird das Geschäft nicht durch die Vollmacht gedeckt. Es kann aber nicht angenommen werden, daß der Geschäftsherr mit der Wendung „der Vertreter darf alle Rechtsgeschäfte vornehmen, die in meinem Interesse liegen" dem Dritten die Pflicht auferlegen will, eingehend nachzuforschen, ob das vom Vertreter beabsichtigte Geschäft auch wirklich den Interessen des Geschäftsherrn entspricht. Damit würde er den Wert der Vollmacht herabsetzen, da ein großer Teil des Publikums wegen der Schwierigkeit und der Gefahr dieser Prüfung davon absehen würde, mit dem in dieser Weise beschränkten Vertreter abzuschließen. Eine Beschränkung der Vollmacht auf die Geschäfte, durch die die Interessen des Geschäftsherrn in vernünftiger Weise gewahrt werden, bzw. auf Geschäfte, die der Vertreter im Innenverhältnis vorzunehmen berechtigt ist, müßte deutlicher zum Ausdruck gebracht werden als es durch diese Wendung geschieht. Es ist aber, was das RG. nicht erwähnt, kein Grund dafür ersichtlich, daß der Dritte diese der Vollmacht beigefügte Klausel auch dann unbeachtet lassen darf, wenn für ihn ohne weiteres erkennbar ist, daß das Geschäft dem Interesse des Geschäftsherrn widerspricht. Allerdings wird dies dem Dritten selten ohne weitere Nachprüfungen erkennbar sein, denn z. B. auch die Eingehung einer Bürgschaft für eine Schuld des Vertreters namens des Geschäftsherrn kann in dessen Interesse liegen.

Da bei der Auslegung einer Willenserklärung aber nicht nur der Wortlaut der Erklärung berücksichtigt, sondern ihr Sinn unter Heranziehung aller äußerer Umstände des Einzelfalls ermittelt werden soll, ist bei der Auslegung der Vollmacht auch das Grundverhältnis heranzuziehen, und zwar so, wie es dem Empfänger der Erklärung, durch die die Vollmacht erteilt wird, erkennbar ist.[19] Deshalb kann man aber nicht die Vollmacht hinsichtlich ihres Umfangs als causal bezeichnen, wie dies Dernburg (Bd. 1, 3. Aufl. § 163 V und § 164 III) und v. Tuhr (§ 85 VI) bezüglich der Innenvollmacht tun. Diese Heranziehung des

[18] RG. 52, 98; RG. in HRR. 1931, 1037 = JW. 1931 S. 2229/30.
[19] So v. Tuhr, § 85 VI; Staud. S. 19/20.

Grundverhältnisses zur Feststellung des Umfangs der Vollmacht ergibt sich nicht aus einer etwaigen begrifflichen Abhängigkeit der Vollmacht vom Grundverhältnis sondern aus den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung von Rechtsgeschäften.[20]

Bei der Innenvollmacht wird sich der Umfang der Vollmacht somit in der Regel mit dem Grundverhältnis decken. Eine nachträgliche Beschränkung des Grundverhältnisses wird meist auch als Beschränkung der Vollmacht auszulegen sein. Jedoch kommt es auch hier vor, daß der Geschäftsherr, um den Vertreter in seinem Auftreten nach außen freier zu stellen, die Vollmacht bewußt weiter faßt, als die Befugnis des Vertreters nach dem Grundverhältnis reicht. Hier sind dann die im Innenverhältnis geltenden Beschränkungen lediglich Weisungen an den Vertreter, die keine vollmachtsbeschränkende Wirkung nach außen haben. Dies wird jedoch bei der Innenvollmacht die Ausnahme sein und kann nur angenommen werden, wenn es sich im Weg der Auslegung zweifelsfrei ergibt.

Bei der Außenvollmacht kommt das Grundverhältnis als Auslegungsmittel nur insoweit in Betracht, als es dem Dritten gegenüber in Erscheinung tritt, ihm also ohne besondere Nachforschung erkennbar ist. Auch hier ist es möglich, daß der Geschäftsherr die Vollmacht bewußt weiter gefaßt hat als das Grundverhältnis. Die im Innenverhältnis geltenden Beschränkungen sind dann bloße Weisungen und beschränken die Vollmacht selbst dann nicht, wenn sie dem Dritten erkennbar sind. Dies wird hier leichter angenommen werden können als bei der Innenvollmacht und ist besonders bei der Generalvollmacht häufig der Fall.

Dieser Fall ist aber wohl zu unterscheiden von den Fällen, in denen die Vollmachtserteilung in ihrem Umfang nicht klar und zweifelsfrei ist, sondern in denen die Vollmacht ersichtlich einem ganz bestimmten Zweck dienen soll, der sich des Näheren erst aus dem Grundverhältnis, so wie es nach außen erkennbar ist, ergibt. So hatte z. B. der von einem Hauseigentümer gegenüber einem Notar zur Vornahme von Geschäften, die sich auf sein Haus beziehen, bevollmächtigte Vertreter eine Grundschuld abgetreten und vor dem Notar durch beglaubigte Erklärung ihre Fälligkeit anerkannt zum Zweck der alsbaldigen Einleitung der Zwangsversteigerung, ohne daß die Voraussetzungen der Zwangsversteigerung an sich gegeben waren. Daraus, daß der Geschäftsherr im Zusammenhang mit der Vollmachtserteilung einen Nießbrauch an dem Haus für seinen Vater auf die Dauer eines Jahres bestellt und kurz zuvor die Aufhebung der eingeleitet gewesenen Zwangsversteigerung durch Ablösung der rückständigen

[20] So Cosak-Mitteis, 8. Aufl. Bd. 1 § 103 I 1.

Zinsen erreicht hatte, entnahm das RG. mit Recht, daß die Vollmacht nicht so weit ging, daß sie das vom Vertreter tatsächlich abgeschlossene Geschäft deckte, und daß dies dem Notar erkennbar war.[21] Hier ergibt sich der Umfang der Vollmacht aus dem Zweck der Vollmacht, der aus dem Grundverhältnis, so wie es nach außen in Erscheinung getreten ist, erkennbar ist. Jedoch muß dieser Zweck der Vollmacht ohne weitere Rückfrage beim Geschäftsherrn aus dem nach außen in Erscheinung getretenen Grundverhältnis zweifelsfrei entnommen werden können und es darf nicht ein bloßer Verdacht bestehen, daß das vom Vertreter beabsichtigte Geschäft dem Grundverhältnis nicht entspricht, wenn das Grundverhältnis nach den allgemeinen Auslegungsregeln auf den Umfang der Vollmacht einen Einfluß haben soll; so Lehmann in der Anm. zu der genannten Entscheidung des RG. in JW. 1934 S. 683. Dagegen erwähnt Lehmann nicht die weitere Einschränkung, die die Einwirkung des Grundverhältnisses in seiner äußeren Erscheinungsform auf den Umfang der Vollmacht erfährt und die dahingeht, daß bei einer absichtlich weit und unbegrenzt gefaßten Vollmacht bloße Weisungen den Vollmachtsumfang nicht beeinflussen, selbst wenn sie dem Dritten erkennbar sind.

Der Umfang der an die Tatbestände der §§ 171, 172 BGB. geknüpften Vertretungsmacht ist ebenfalls durch Auslegung des in diesen Tatbeständen bezeichneten Verhaltens des Geschäftsherrn zu ermitteln unter Berücksichtigung der äußerlich erkennbaren Begleitumstände dieses Verhaltens, also besonders des Grundverhältnisses in seiner äußeren Erscheinungsform. Besonders in den Fällen, in denen die §§ 171, 172 BGB. entsprechende Anwendung finden, wird die Vertretungsmacht häufig an ein nach außen in Erscheinung tretendes Grundverhältnis geknüpft, das seiner Art nach auf die Erteilung einer Vollmacht schließen läßt. Hier ist bei der Auslegung des Umfangs der Vertretungsmacht das Grundverhältnis, so wie es nach außen in Erscheinung getreten ist, zu berücksichtigen, auch wenn, was häufig der Fall sein wird, in Wirklichkeit überhaupt kein Grundverhältnis, sondern nur der äußere Anschein eines solchen besteht.

Es kommt nun häufig vor, daß mehrere Vollmachtserklärungen von verschiedenem Umfang zusammentreffen. Hier ist grundsätzlich anzunehmen, daß die spätere Bevollmächtigung die frühere abändert.[22] Dies ist auch der Fall, wenn die erste Bevollmächtigung eine interne und die zweite eine externe ist, sofern sich nicht im Weg der Auslegung etwas anderes ergibt.[23]

[21] JW. 1934 S. 683.
[22] So Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 6 zu § 167.
[23] So Hupka S. 212/14.

Ist die erste Bevollmächtigung eine externe und die zweite eine interne und hat die zweite einen weiteren Umfang als die erste, so ist sie maßgebend, hat sie aber einen engeren Umfang, so wirkt sie gegenüber Dritten nur gemäß §§ 170, 173 BGB.[24], da durch die Erteilung der beschränkteren zweiten Vollmacht die erste Volmacht, soweit sie weiter reicht, erloschen ist. Es ist aber möglich, daß es sich bei der internen Beschränkung nicht um eine interne Vollmacht, sondern nur um eine Weisung handelt, die die Außenvollmacht, auch wenn der Dritte sie kennt oder kennen muß, nicht beschränkt.[25] Ob dies der Fall ist, ist im Weg der Auslegung zu ermitteln. Geht die auf Grund der §§ 171, 172 BGB. anzunehmende Vertretungsmacht weiter als die in Wirklichkeit erteilte Vollmacht, so kann sich der Dritte, wie oben ausgeführt, nur dann nicht auf die §§ 171, 172 BGB. berufen, wenn die weiter als die ursprüngliche Vollmacht gehende Mitteilung oder Vollmachtsurkunde nicht als rechtsgeschäftliche Erweiterung der ursprünglichen Vollmacht aufzufassen ist und wenn der Dritte davon Kenntnis hat, daß die Vollmacht in Wirklichkeit nicht so weit geht. Steht aber der auf Grund der §§ 171, 172 anzunehmenden Vertretungsmacht eine später erteilte, weniger umfangreiche externe oder interne Bevollmächtigung gegenüber, so wirkt diese gegenüber Dritten gemäß § 173 BGB., da hier die Vertretungsmacht auf Grund der §§ 171, 172 BGB., soweit sie weiter reicht, erloschen ist.

Eine Einschränkung des Umfangs einer jeden, auch einer sonst unbeschränkten Vollmacht enthält das Gesetz in § 181 BGB. Diese Einschränkung geht dahin, daß der Vertreter kein Rechtsgeschäft im Namen des Geschäftsherrn mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten vornehmen kann, soweit ihm nicht ausdrücklich oder schlüssig ein anderes gestattet ist. Es wird durch diese Bestimmung also das sog. Selbstkontrahieren des Vertreters ausgeschlossen. Der Gesetzgeber hat dies nicht deshalb getan, weil er, wie eine verbreitete Auffassung z. Z. des gemeinen Rechts, den Abschluß eines Rechtsgeschäfts mit sich selbst für begrifflich unmöglich gehalten hätte. Er stand vielmehr, wie sich aus den Motiven I S. 224/25 ergibt, auf dem Standpunkt, daß dem Selbstkontrahieren keine begrifflichen Bedenken entgegenstehen, wenn die Willenserklärungen, die der Vertreter abgibt, äußerlich in Erscheinung treten, daß aber in diesen Fällen in der Regel die Interessen des Geschäftsherrn mit denen des Vertreters in Widerstreit stehen und daher eine besonders starke Gefahr des Mißbrauchs der Vertretungsmacht durch den Vertre-

---

[24] So Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 6 und 7 a zu § 167 und 1 c zu § 170.
[25] So Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 6 zu § 167.

ter besteht.[26] Die Folgen der Vornahme eines Mit-sich-selbst-Geschäfts durch den Vertreter ohne besondere Gestattung sind dieselben, wie die der Vornahme eines anderen Geschäfts, das der Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen des Geschäftsherrn abgeschlossen hat (§§ 177 ff. BGB.). Das Geschäft ist also schwebend unwirksam und kann vom Geschäftsherrn genehmigt werden. Wenn das Gesetz in § 181 BGB. die Wendung „ein Vertreter kann nicht" gebraucht, so wird dadurch die Möglichkeit der Genehmigung nicht ausgeschlossen, denn es kann nicht eingesehen werden, warum eine nachträgliche Genehmigung dem Geschäft nicht ebenso sollte Wirksamkeit verleihen können, wie eine vorausgehende Gestattung.[27]

Eine verbreitete Auffassung will nun den § 181 BGB. entsprechend anwenden auf Fälle, in denen der Vertreter zwar nicht mit sich selbst abschließt, aber im Namen des Geschäftsherrn ein Geschäft abschließt, das nicht der Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn sondern der Wahrnehmung seiner eigenen Interessen dient, wie z. B. die Uebernahme einer Bürgschaft für eine eigene Schuld des Vertreters im Namen des Geschäftsherrn.[28] Diese Auffassung geht davon aus, daß „Kontrahieren im eigenen Interesse" der Oberbegriff des § 181 BGB. sei, daß dieser Gedanke in § 181 BGB. einen zu engen Ausdruck gefunden habe und daß es nicht dem Willen des Gesetzgebers entspreche, wenn das Kontrahieren im eigenen Interesse nur in dem Sonderfall des § 181 BGB. eine Ueberschreitung der Vertretungsmacht darstelle. Nach dieser Ansicht kann der Vertreter also ein Geschäft im eigenen Interesse, auch wenn er eine unbeschränkte Vollmacht hat, nur abschließen, wenn es ihm besonders gestattet ist; andernfalls ist ein solches Geschäft gegenüber dem Geschäftsherrn nur wirksam, wenn dieser es nachträglich genehmigt (§ 177 BGB.).

---

[26] So Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Bem. 3 zu § 181; Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 1 a zu § 181; Oertmann, 3. Aufl. Bem. 4 a zu § 181; Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 168 III; Lehmann, 4. Aufl. § 36 IV 4 c; Endemann, 1. Bd. 8. Aufl. § 80, 5; Stoll, Vertrag und Unrecht, § 12 III 2; Egger, Mißbrauch der Vertretungsmacht S. 49; Predari, Gruch. 63 S. 681; RG. 56, 104.

[27] So Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Bem. 6 zu § 181; Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 3 a zu § 181; Oertmann, 3. Aufl. Bem. 2 b β zu § 181; RGRK. 8. Aufl. Bem. 1 zu § 181; Staub-Bondi, 14. Aufl. Anh. zu § 38 Bem. 36; Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Bem. 12 vor §§ 48 ff.; Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 168 III 2; Lehmann, 4. Aufl. § 36 IV 4 c β; v. Tuhr § 84 VI; Predari, Gruch. 63 S. 681/2; Klas S. 39; RG. 56, 104; 65, 51; 68, 37; 71, 162; 108, 405; KGJ. 41 Nr. 42. Dagegen nimmt Endemann Bd. 1, 8.Aufl. § 80, 5 Nichtigkeit des Geschäfts an.

[28] So Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Bem. 9 a zu § 181; Lehmann, 4. Aufl. § 36 IV 4 c β; Predari, Gruch. 63 S. 675 ff.; Egger S. 32 ff.; Klas S. 8.

Eine solche sinngemäße Anwendung des § 181 BGB. ist abzulehnen, weil der Gesetzgeber, um eine Gefährdung der Verkehrssicherheit durch eine unbestimmte und für Dritte nicht erkennbare Einschränkung der Vollmacht zu vermeiden, dem Interessenwiderstreit bewußt nur für den Fall des Selbstkontrahierens, bei dem er besonders häufig ist, Einfluß auf den Umfang der Vertretungsmacht gegeben hat.[29] Der Gesetzgeber hat in § 181 BGB. eine Einschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht bestimmt, deren Sinn zwar ist, einen Geschäftsabschluß des Vertreters im eigenen Interesse auszuschließen, die aber im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht immer und nur dann Platz greift, wenn der Vertreter im eigenen Interesse abschließt, sondern auf die Art des Geschäftsabschlusses durch Selbstkontrahieren abstellt. Aus diesen Gründen wurde auch bei der Beratung der zweiten Kommission der Antrag 4 abgelehnt, der das Selbstkontrahieren nur in den Fällen ausschließen wollte, in denen die Vornahme des Geschäfts der dem Vertreter obliegenden Fürsorge für den Geschäftsherrn widerspricht.[30] § 181 BGB. kann also nicht nur nicht sinngemäß auf andere Fälle des Interessenwiderstreits angewendet werden, seine Anwendung kann vielmehr auch nicht auf Fälle beschränkt werden, in denen tatsächlich ein Interessenwiderstreit vorliegt.[31] Die Verfechter einer sinngemäßen Anwendung des § 181 BGB. auf alle Fälle des Kontrahierens im eigenen Interesse des Vertreters wollen zum Teil einer Gefährdung der Verkehrssicherheit und einem zu weit gehenden Schutz des Geschäftsherrn dadurch begegnen, daß sie auf Seiten des Dritten fahrlässige Unkenntnis der Tatsache, daß der Vertreter im eigenen Interesse abschließt, verlangen und dem Dritten dabei in den Fällen eine Nachprüfungspflicht auferlegen, in denen er Verdacht schöpfen müßte. Abgesehen davon, daß § 181 BGB. keine Handhabe bietet, um auf das Kennen oder Kennenmüssen abzustellen, steht auch die so eingeschränkte entsprechende Anwendung des § 181 BGB. im Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers, der allein auf die Art des Geschäftsabschlusses abgestellt hat, wenn er auch damit letzten Endes ein Kontrahieren des Vertreters im eigenen Interesse verhindern wollte. Dagegen ist § 181 BGB., obwohl er lediglich auf die Art des Geschäftsabschlusses durch Selbst-

[29] So Oertmann, 3. Aufl. Bem. 5 zu § 181; Staub-Bondi, 14. Aufl. Anh. zu § 38 Bem. 3; Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 168 Anm. 12; v. Tuhr § 84 VI; Kipp S. 283; Hammel JW. 1933 S. 2278; Dittmar S. 32; RG. 71, 219; 85, 363; 103, 417; RG. in JW. 1931 S. 2229/30 — HRR. 1931, 821 a; Bayr. Ob.LG. im Recht 1904 Nr. 2695 und 1906 Nr. 2073 — ZbfG. 9 S. 709 = OLG. 13; 330.

[30] Vgl. Prot. I S. 174/75.

[31] So v. Tuhr § 84 VI; RG. in JW. 1931 S. 2229/30..

kontrahieren abstellt, in der Regel auch anwendbar, wenn der Vertreter einen Unterbevollmächtigten bestellt und mit diesem abschließt, denn in diesem Verhalten des Vertreters liegt regelmäßig eine Umgehung des § 181 BGB., außer wenn etwa der Geschäftsherr nicht oder nur schwer ereichbar ist.[32]

§ 5.

3. Der Mißbrauch der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht.

A. Das Wesen des Mißbrauchs einer Vertretungsmacht.

Im vorausgegangenen Paragraphen ist dargestellt, inwieweit schon durch die Bestimmungen über den Umfang der Vertretungsmacht dem Interesse des Geschäftsherrn Rechnung getragen ist, nur durch Vertretergeschäfte gebunden zu werden, die der Vertreter auch auf Grund des Innenverhältnisses zum Geschäftsherrn vornehmen darf, und inwieweit die Vertretungsmacht über die dem Vertreter im Innenverhältnis gezogenen Schranken hinausgehen kann. Insoweit als die Vertretungsmacht weiter reicht als die nach dem Innenverhältnis bestehende Berechtigung des Vertreters, für den Geschäftsherrn Rechtsgeschäfte vorzunehmen, besteht die Gefahr, daß der Vertreter seine Vertretungsmacht mißbraucht.

Ein Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Vertreter liegt dann vor, wenn der Vertreter auf Grund seiner Vertretungsmacht ein Rechtsgeschäft vornimmt, zu dessen Vornahme er nach dem zwischen ihm und dem Geschäftsherrn bestehenden Rechtsverhältnis nicht berechtigt ist. Da es sich hier darum handelt, ob in dem Handeln des Vertreters objektiv ein Mißbrauch seiner Vertretungsmacht zu erblicken ist, kommt es nur darauf an, ob das Vertretergeschäft objektiv einen Verstoß gegen das Grundverhältnis darstellt, und nicht auch darauf, ob der Vertreter schuldhaft gegen die Pflichten aus dem Grundverhältnis verstoßen hat.[1] Es ist für den Begriff des Mißbrauchs auch gleichgültig, ob der Geschäftsherr durch das Verhalten des Vertreters geschädigt wird.[2]

---

[32] So Endemann, 8. Aufl. 1. Bd. § 80 Anm. 31; Predari, Gruch. 63 S. 692; a. A. RGRK. 8. Aufl. Bem. 1 zu § 181; v. Tuhr § 84 VI und RG. 108, 405, das nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen in diesem Verhalten des Vertreters eine Umgehung des § 181 BGB. sieht.

[1] a. A. Stoll, Vertrag und Unrecht, § 13 III 4; Kuhr, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht in seinen Wirkungen zwischen Auftraggeber und Drittem, S. 9; Siebert, ZStW. 93 S. 650 verlangt „pflichtwidriges" Verhalten des Vertreters.

[2] a. A. Kuhr S. 12.

Das am häufigsten vorkommende Innenverhältnis ist der Auftrag. Für die Pflichten des beauftragten Vertreters gegenüber dem Geschäftsherrn sind in erster Linie der Wille und die Weisungen des Geschäftsherrn maßgebend. Jedoch ist denkender Gehorsam des Vertreters verlangt; nach § 665 BGB. darf er von Weisungen abweichen, wenn er annehmen darf, daß der Geschäftsherr bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde, und es muß angenommen werden, daß der Vertreter Weisungen gar nicht befolgen darf, die einer Unkenntnis der Sachlage seitens des Geschäftsherrn entspringen, daß er in solchen Fällen vielmehr, ebenso wie wenn keine näheren Weisungen bestehen würden, den Interessen des Geschäftsherrn entsprechend handeln muß. Verstößt der Vertreter bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts gegen diese seine Pflichten aus dem Auftrag, so hat er seine Vollmacht mißbraucht, auch wenn er unverschuldet gegen seine Pflichten aus dem Auftrag verstoßen hat.

Der Vertreter kann auch nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag zur Vornahme des Rechtsgeschäfts für den Geschäftsherrn berechtigt sein.[3] Wenn der Geschäftsabschluß durch den Vertreter einen Verstoß gegen das Grundverhältnis darstellt, so wird der Geschäftsabschluß zwar selten aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag dem Geschäftsherrn gegenüber gerechtfertigt sein, möglich ist es aber immerhin und in diesen Fällen kann dann nicht von einem Mißbrauch der Vollmacht die Rede sein, da der für die Annahme eines Mißbrauchs der Vertretungsmacht wesentliche Mangel einer Berechtigung, im Innenverhältnis zum Geschäftsherrn das Geschäft vorzunehmen, hier nicht vorhanden ist. Die Tatsache, daß der Vertreter auch aus dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag gegenüber dem Geschäftsherrn zum Gebrauch seiner Vertretungsmacht berechtigt sein kann, ist aber besonders in den Fällen von Bedeutung, in denen zufolge der selbständigen Natur der Vollmacht oder auf Grund der §§ 170/173 BGB. eine Vertretungsmacht besteht, ohne daß ein wirksames Grundverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Geschäftsherrn zur Entstehung gelangt ist, oder obwohl ein solches Grundverhältnis nicht mehr besteht. In diesen Fällen ist der Vertreter gegenüber dem Geschäftsherrn zum Gebrauch seiner Vertretungsmacht, sofern nicht der Fall des § 674 BGB. vorliegt, nur unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag berechtigt; nur durch diesen Gesichtspunkt wird hier die Annahme ausgeschlossen, daß in der Vornahme eines Geschäfts durch den Vertreter stets ein Mißbrauch der Vertretungsmacht

[3] So Dittmar S. 36.

zu erblicken ist. Es kommt dabei darauf an, ob in dem Handeln des Vertreters objektiv eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag zu erblicken ist, und nicht darauf, ob der Vertreter schuldhafterweise das Vorliegen der Voraussetzungen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag angenommen hat oder nicht (§ 678 BGB.). Die Uebernahme und die Führung der ohne Auftrag übernommenen Geschäfte muß daher in erster Linie dem Interesse des Geschäftsherrn entsprechen, so wie es sich unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Geschäftsherrn bei objektiver Betrachtung darstellt.[4] Weiter muß sie dem wirklichen Willen, und wenn dieser nicht feststellbar ist, dem ebenfalls unter Berücksichtigung der Eigenart der Persönlichkeit des Geschäftsherrn zu bestimmenden mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen.[5] (§§ 683, 677 BGB.). Widersprechen sich Interesse und wirklicher Wille des Geschäftsherrn, so muß sich der Vertreter der Geschäftsführung enthalten.[6] In den Fällen des § 679 BGB. kommt ein der Geschäftsführung entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn nicht in Betracht.

Zusammenfassend ist also davon auszugehen, daß ein Mißbrauch der Vertretungsmacht dann vorliegt, wenn der Vertreter auf Grund seiner Vertretungsmacht ein Rechtsgeschäft vornimmt, zu dessen Vornahme er weder nach dem zwischen ihm und dem Geschäftsherrn bestehenden Rechtsverhältnis noch nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag berechtigt ist.[7] Diese Begriffsbestimmung des Mißbrauchs der Vertretungsmacht gilt nicht nur für die rechtsgeschäftliche, sondern auch für die gesetzliche und die auf der Satzung einer juristischen Person beruhende Vertretungsmacht.

B. Die Rechtsfolgen des Mißbrauchs der Vertretungsmacht im Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Drittem

Die Gefahr eines solchen Mißbrauchs trägt grundsätzlich der Geschäftsherr, denn seinem Interesse dient es, daß er Geschäfte durch einen Vertreter abschließen lassen kann, die er nicht selbst vornehmen kann oder will, und er allein kann durch die Auswahl der Person des Vertreters und durch die Fassung der Voll-

---

[4] So Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. Bem. 1 a zu § 683; Planck-Lobe, 4. Aufl. Bem. 3 a zu § 683; RGRK. 8. Aufl. Bem. 2 zu § 683.

[5] So Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. Bem. 1—b zu § 683; Planck-Lobe, 4. Aufl. Bem. 3 a zu § 677; Oertmann, 3. Aufl. Bem. 1 b β zu § 677; RGRK. 9. Aufl. Bem. 3 zu § 683.

[6] So Enneccerus-Lehmann, 11. Bearb. § 163 I 1.

[7] So Dittmar S. 39.

macht, die er ihm gibt, die Gefahr des Mißbrauchs der Vertretungsmacht beeinflussen. Würde man dem Dritten diese Gefahr aufbürden, so würde man damit im praktischen Erfolg zu der alten Lehre zurückkehren, nach der sich die Vollmacht mit dem Innenverhältnis, das in der Regel ein Autfrag ist, deckt, es würde der Verkehrswert der unmittelbaren Stellvertretung herabgesetzt, denn das Publikum würde sich auf diese Gefahr hin nur schwer entschließen, mit einem Vertreter abzuschließen.[8] Es erhebt sich aber die Frage, ob der Geschäftsherr diese Gefahr in allen Fällen ohne Einschränkung tragen muß und ob der Dritte sich ihm gegenüber auf das mit dem Vertreter abgeschlossene Geschäft auch dann berufen kann, wenn er etwa in bewußtem Zusammenwirken mit dem Vertreter ein den Geschäftsherrn schädigendes Geschäft abgeschlossen hat, oder wenn er beim Abschluß des Geschäfts gewußt hat, daß der Vertreter seine Vertretungsmacht mißbraucht, oder wenn er das Geschäft mit dem Vertreter abgeschlossen hat, obwohl sich ihm der Verdacht aufdrängen mußte, daß dieser seine Vertretungsmacht mißbraucht. Müßte der Geschäftsherr die Gefahr des Mißbrauchs der Vertretungsmacht durch den Vertreter uneingeschränkt tragen, so würde dies eine unbillige Zurückstellung seiner Interessen und eine einseitige Bevorzugung der Interessen des Dritten bedeuten. Die Frage, in welchen Fällen und auf Grund welcher Rechtsgedanken der Geschäftsherr von der Tragung der Gefahr befreit wird, soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

I. Nichtigkeit des zwischen Vertreter und Drittem abgeschlossenen Vertrags gem. § 138 BGB.

Zunächst ist es denkbar, daß das zwischen dem Vertreter und dem Dritten unter Mißbrauch der Vertretungsmacht abgeschlossene Geschäft gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 BGB.). Dazu genügt es allerdings noch nicht, daß beide Parteien sich beim Geschäftsabschluß unabhängig von einander von unsittlichen Beweggründen, etwa von der Absicht, den Geschäftsherrn zu schädigen, leiten ließen.[9] Es ist aber andererseits auch nicht erforderlich, daß das Geschäft seinem objektiven Inhalt nach unsittlich ist, was bei unter Mißbrauch der Vertretungsmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäften so gut wie nie der Fall sein wird. Vielmehr muß das Rechtsgeschäft in seinem Gesamtgepräge, wie es sich aus seinem Inhalt, seinem Zweck und aus den Beweggründen, die zu seinem Abschluß führten, ergibt, unsitt-

[8] So auch Seuff. A. 83 Nr. 426.
[9] So Lehmann, 4. Aufl. § 29 IV 2.

lich sein.[10] Dies ist z. B. der Fall, wenn der Dritte dem Vertreter Schmiergelder gegeben hat, damit dieser sich auf einen Mißbrauch seiner Vertretungsmacht einließ.[11] Das Geben von Schmiergeldern an sich macht ein Geschäft zwar noch nicht zu einem sittenwidrigen, vielmehr muß, damit das Geschäft seinem Gesamtgepräge nach sittenwidrig erscheint, durch die Bestechung der Abschluß eines unbilligen Vertrags erreicht worden sein.[12] Dies ist aber schon dann der Fall, wenn bei einem Kauf von einem Vertreter die Zuwendung an den Vertreter vom Dritten auf den Kaufpreis gerechnet wird und somit dem Geschäftsherrn abgeht, mag diesem auch ein an sich immer noch ausreichender Betrag zufließen.[13] Weiter sind aber alle die Geschäfte sittenwidrig, die der Dritte und der Vertreter in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken unter Mißbrauch der Vertretungsmacht abschließen in der Absicht, den Geschäftsherrn zu schädigen.[14] Man kann in diesen Fällen von einer Kollusion des Vertreters mit dem Dritten reden.[15] Das bewußte arglistige Zusammenwirken des Vertreters und des Dritten zur Schädigung des Geschäftsherrn verleiht diesen Geschäften das Gesamtgepräge der Sittenwidrigkeit. Unzutreffend erscheint das Bedenken Kipp's gegen die Annahme einer Sittenwidrigkeit in diesen Fällen. Kipp[16] geht davon aus, daß bei einem durch einen Vertreter abgeschlossenen Geschäft der Geschäftsherr selbst Vertragspartei ist, und meint, daß, wenn der Geschäftsherr durch das vom Vertreter abgeschlossene Geschäft benachteiligt wird, die Sache nach dem Grundgedanken der unmittelbaren Stellvertretung so anzusehen sei, als ob eine Vertragspartei sich durch den Vertrag selbst benachteiligt hätte. Kipp folgert daraus, daß ein Geschäft noch nicht deshalb gegen die guten Sitten verstoßen könne, weil der Geschäftsherr durch seinen Abschluß benachteiligt wird, sondern erst dann, wenn Umstände vorliegen, die die Nichtigkeit des Geschäfts wegen Verstoßes gegen die guten Sitten auch dann begründen würden, wenn der Geschäftsherr das Geschäft in eigener Person abgeschlossen hätte. Dieses

---

[10] So Lehmann a. a. O.; RG. 56, 231; 63, 346; 86, 148; 107, 210; 114, 338.

[11] So RGRK., 8. Aufl. Bem. 4 zu § 166; Staud S. 52; Klas S. 31; Seuff. A. 79 Nr. 138.

[12] So RG. 86, 146; 107, 208.

[13] So RG. 130, 131; 134, 43; RG. im Recht 1923 Nr. 853.

[14] So RGRK., 8. Aufl. Bem. 3 zu § 26; Warn. 1909 Nr. 481; Bayr. Ob.LG. im Recht 1906 Nr. 2073 = ZBfG. 9 S. 709 = OLG 13, 330.

[15] So Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 170, 4; Lehmann, 4. Aufl. § 36 IV, 4; v. Tuhr, § 85 VI; Stoll, Vertrag und Unrecht, § 13 III 4; Hellwig, Lehrb. d. Deutsch. Zivilprozesses Bd. 1 § 130 Anm. 58.

[16] in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Bd. 2 S. 287.

Bedenken Kipp's ist zu formalistisch. Wenn auch der Geschäftsherr Vertragspartei des vom Vertreter abgeschlossenen Geschäfts ist, so kann die Tatsache doch nicht außer Acht bleiben, daß er das Geschäft nicht in eigener Person abgeschlossen hat. Dieser Tatsache trägt das Gesetz z. B. in der Bestimmung des § 166 Abs. 1 BGB. Rechnung. Ein Zusammenwirken des Verreters mit dem Dritten in der Absicht, den Geschäftsherrn unter Mißbrauch der Vertretungsmacht zu schädigen, kann daher, obwohl der Geschäftsherr selbst Vertragspartei des abgeschlossenen Geschäfts ist, diesem Geschäft das Gesamtgepräge der Sittenwidrigkeit verleihen. Dagegen genügt es noch nicht zur Annahme einer Sittenwidrigkeit des Geschäfts, daß der Vertreter seine Vollmacht vorsätzlich zum Nachteil des Geschäftsherrn mißbraucht und der Dritte davon Kenntnis gehabt hat[17] oder daß sowohl der Vertreter wie der Dritte, ohne von einander zu wissen, den Geschäftsherrn schädigen wollten. Bei einem Vertreter, der die Befugnis zum Selbstkontrahieren hat, genügt es zur Annahme einer Sittenwidrigkeit, wenn er, um einen selbstsüchtigen Gewinn zu machen, den Geschäftsherrn bewußt geschädigt hat, denn hier ist er Vertreter und Dritter in einer Person.[18] Auch ein vom Vertreter vorgenommenes einseitiges Rechtsgeschäft kann nach seinem Gesamtgepräge sittenwidrig sein. Die Rechtsfolge der Sittenwidrigkeit des abgeschlossenen Geschäfts ist nach § 138 BGB. die Nichtigkeit dieses Geschäfts.

II. Verstoß des Dritten gegen §§ 826, 823 Abs. 2 BGB. durch Abschluß eines Vertrags mit dem Vertreter.

Weiter als § 138 BGB. geht § 826 BGB., wonach derjenige, der einem andern in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt, zur Leistung von Schadensersatz verpflichtet ist. Was gegen die guten Sitten verstößt, ergibt sich nach RG. 48, 124 aus dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Insbesondere verstößt es gegen die guten Sitten, wenn man sich nicht „diejenige Selbstbeschränkung in der Verfolgung der eigenen Interessen gegenüber fremden, die nicht ohne Mißbilligung aller Wohldenkenden außer Acht gelassen werden darf,“[19] auferlegt. Daher verstößt es gegen die guten Sitten, wenn der Dritte mit dem Vertreter ein Geschäft abschließt, obwohl er weiß, daß dieser durch den Abschluß dieses Geschäfts seine Vertretungsmacht mißbraucht. Hier müßte

[17] So Kuhr S. 60; Klas S. 31; Warn. 1909 Nr. 481. Unklar RG. 78, 347.
[18] So Seuff. A. 81 Nr. 49.
[19] Enneccerus-Lehmann, 11. Bearb. § 230 II 3 b.

er als anständig denkender Rechtsgenosse die Verfolgung seiner Interessen gegenüber denen des Geschäftsherrn zurückstellen: tut er dies nicht, so verstößt seine Handlungsweise gegen die guten Sitten. Der Dritte muß dabei nicht das Bewußtsein haben, sittenwidrig zu handeln, er muß vielmehr nur die Tatsachen kennen, aus denen sich die Unsittlichkeit seines Handelns ergibt, d. h. im vorliegenden Fall muß er lediglich wissen, daß der Vertreter seine Vertretungsmacht mißbraucht.[20] Hinzukommen muß aber, daß der Geschäftsherr durch das unter Mißbrauch der Vertretungsmacht abgeschlossene Geschäft an seinem Vermögen oder an irgend einem Rechtsgut geschädigt wird. Dies wird in der Regel der Fall sein, vor allem dann, wenn das Geschäft seinen Interessen zuwiderläuft. Es ist aber auch möglich, daß trotz Mißbrauchs der Vertretungsmacht der Geschäftsherr durch den Abschluß des Geschäfts nicht geschädigt wird, so wenn der Abschluß eines an sich vorteilhaften Geschäfts seinem Willen widersprochen hat und er daher dem Vertreter die Weisung erteilt hatte, es nicht abzuschließen. Die Schadenszufügung durch den Dritten muß weiter eine vorsätzliche sein, was der Richter aber für die Regel unterstellen kann, wenn der Dritte das Geschäft in Kenntnis des den Geschäftsherrn schädigenden Mißbrauchs mit dem Vertreter abgeschlossen hat.[21] Außerdem genügt schon dolus eventualis.[22]

Für die Frage, ob im Einzelfall § 826 BGB. Anwendung finden kann, kommt es lediglich auf die Person des Dritten an. Er muß den im Abschluß des fraglichen Geschäfts liegenden objektiven Mißbrauch der Vertretungsmacht erkannt haben, er muß den Vorsatz gehabt haben, dem Geschäftsherrn Schaden zuzufügen. Ob der Vertreter sich des Mißbrauchs der Vertretungsmacht bewußt war und ob auch er den Geschäftsherrn schädigen wollte, oder ob er nachlässig gehandelt hat, oder unfähig war, den Mißbrauch zu erkennen, den er mit seiner Vertretungsmacht getrieben hat, kann bei der Beurteilung der Frage, ob der Dritte in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise gehandelt hat, keine Rolle spielen.[23] Der Dritte hat in all diesen Fällen gleich sittenwidrig gehandelt, wenn er den Mißbrauch der Vertretungsmacht zum Nachteil des Geschäftsherrn ausgenützt hat; auch wird er in der Regel nicht feststellen können,

---

[20] So Enneccerus-Lehmann, 11. Bearb. § 230 Anm. 8.

[21] So Enneccerus-Lehmann, 11. Bearb. § 230 II 2 a.

[22] So v. Tuhr § 85 VI.

[23] a. A. Enneccerus, 1. Bd. 12. Bearb. § 170 I 4 und Siebert JW. 1933 S. 1012, nach denen § 826 BGB. nur dann Anwendung findet, wenn der Dritte bei Geschäftsabschluß wußte, daß der Vertreter bewußt seine Vertretungsmacht zum Nachteil des Geschäftsherrn mißbraucht.

ob der Vertreter seine Vertretungsmacht aus Böswilligkeit, Nachlässigkeit oder Unfähigkeit mißbraucht.

Die Rechtsfolge der unsittlichen vorsätzlichen Schadenszufügung i. S. des § 826 BGB. ist, daß der Schädigende dem Geschädigten zum Ersatz des diesem entstandenen Schadens verpflichtet wird. Da nach § 249 BGB. der Schaden nach dem Grundsatz der Naturalherstellung zu ersetzen ist, kann im vorliegenden Fall der Geschäftsherr vom Dritten Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen, die für ihn aus dem Geschäft, das der Dritte mit dem Vertreter abgeschlossen hat, entstanden ist. Der Geschäftsherr kann außerdem jeden weiteren Schaden, der ihm durch den Abschluß dieses Geschäfts entstanden ist, ersetzt verlangen, so z. B. den entgangenen Gewinn aus einem Geschäft, das zu Stande gekommen wäre, wenn der Vertreter nicht mit diesem Dritten abgeschlossen hätte. Meist hat aber der Vertreter den Schaden mitverschuldet, denn er hat seine Vertretungsmacht in der Regel vorsätzlich oder fahrlässig mißbraucht. Dieses mitwirkende Verschulden des Vertreters ist nach § 254 Abs. 2 Satz 2, der auch auf § 254 Abs. 1 BGB. Anwendung findet, dem Geschäftsherrn zuzurechnen, denn der Geschäftsherr haftet nicht nur nach § 831 BGB. für die unerlaubten Handlungen seines Vertreters sondern auch nach § 278 BGB. für den Schaden, den der Vertreter durch ein Verhalten verursacht, das er sich beim Vertragsschluß zu Schulden kommen läßt.[24] Aus § 166 BGB. ergibt sich diese Haftung des Geschäftsherrn noch nicht, denn er bezieht sich nur auf die rechtlichen Folgen von Willenserklärungen[25], dagegen ergibt sie sich aus § 278 BGB., der sich nicht nur auf die Erfüllung der Verbindlichkeit bezieht, sondern auch auf die Eingehung der Verbindlichkeit entsprechend angewendet werden kann, da auch hier schon ein vertragsähnliches Rechtsverhältnis besteht, das die Parteien zu gegenseitiger billiger Rücksichtnahme verpflichtet.[26] Nach § 254 Abs. 1 BGB. hängt bei mitwirkendem Verschulden des Geschädigten die Verpflichtung des Dritten zur Leistung von Schadensersatz und der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht ist. Im vorliegenden Fall wird der Schaden stets in vollem Umfang dem Dritten auferlegt werden müssen. Er hat den Geschäftsherrn stets vorsätzlich geschädigt; auch wenn der Vertreter vorsätzlich an der Schädigung

---

[24] So Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 166 I 1 a α und § 170, 3; Lehmann, 4. Aufl. § 36 I 1 a α und VI 2 a β; v. Tuhr § 84 VII; Titze in Ehrenb. Handb. Bd. 2 § 140, 3.

[25] So Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 169 II 1; RG. 61, 207; 73, 434.

[26] So Stoll, JW. 1933 S. 35 und RG. 120, 126. a. A. RG. 61, 207; 62, 315.

des Geschäftsherrn mitgewirkt hat, ergibt sich aus den Umständen, daß der Dritte den ganzen Schaden zu ersetzen hat, denn der Geschäftsherr haftet für das Verschulden eines anderen, seines Vertreters, während der Dritte für eigenes Verschulden haftet und außerdem die Schädigung des Geschäftsherrn durch das Verhalten des Vertreters hätte verhindern können, indem er sich an dieser Schädigung nicht beteiligt hätte. Ebenso kann der Dritte auch den ihm durch den Abschluß des Geschäfts, das später vom Geschäftsherrn auf Grund der §§ 826, 249 BGB. rückgängig gemacht wird, entstandenen Schaden vom Geschäftsherrn selbst dann nicht ersetzt verlangen, wenn der Vertreter beim Abschluß des Geschäfts seine Vertretungsmacht schuldhaft mißbraucht hat, denn er selbst hat den entstandenen Schaden mitverschuldet und in erster Linie verursacht. Weiter steht dem Geschäftsherrn nach § 853 BGB. eine der Verjährung nicht unterliegende Einrede gegen die Forderung zu, die der Dritte aus dem mit dem Vertreter abgeschlossenen Geschäft gegen ihn hat. Geht der Dritte im Klagweg gegen den Geschäftsherrn vor, so muß dieser die Einrede aus § 853 BGB. geltend machen, wenn durch das Gericht die Tatsache berücksichtigt werden soll, daß der Dritte mit dem Abschluß des Geschäfts dem Geschäftsherrn in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zugefügt hat. Von Amtswegen kann das Gericht dies nicht berücksichtigen.

Die Beweislast für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des § 826 BGB. trägt stets der Geschäftsherr, der sich auf § 826 BGB. beruft.

Hat der Vertreter die Vertretungsmacht vorsätzlich mißbraucht, so hat er sich damit einer Untreue i. S. des § 266 StGB. schuldig gemacht. Wußte der Dritte beim Geschäftsabschluß, daß der Vertreter seine Vertretungsmacht vorsätzlich mißbraucht und billigt er diesen Mißbrauch, so ist er der Beihilfe zu der Untreue des Vertreters schuldig, wobei nicht erforderlich ist, daß der Vertreter weiß, daß der Dritte ihn durchschaut und ihm Beihilfe leistet. Hier ist der Dritte außer auf Grund des § 826 BGB. auch auf Grund der §§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 2 BGB. dem Geschäftsherrn zum Ersatz des vollen Schadens verpflichtet, denn § 266 StGB. ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB.

Die Rechtsfolgen beim Vorliegen des § 823 Abs. 2 BGB. sind dieselben wie die oben besprochenen Rechtsfolgen beim Vorliegen des § 826 BGB. Auch die Beweislast ist die gleiche wie bei § 826 BGB.

Ist außer den Tatbeständen der §§ 826, 823 Abs. 2 BGB. auch der des § 138 BGB. erfüllt, so kommt ein Anspruch des Geschäfts-

herrn auf Befreiung von der aus dem zwischen Vertreter und Drittem abgeschlossenen Rechtsgeschäft für ihn entstandenen Verbindlichkeit (§ 249 BGB.) bzw. eine Einrede gegen diese Verbindlichkeit (§ 853 BGB.) nicht in Betracht, da ja in den Fällen des § 138 BGB. das zwischen dem Vertreter und dem Dritten abgeschlossene Geschäft nichtig und eine Verbindlichkeit des Geschäftsherrn überhaupt nicht zur Entstehung gelangt ist. Dagegen kann auch hier der Geschäftsherr auf Grund der §§ 826, 823 Abs. 2 BGB. vom Dritten Ersatz alles weiteren ihm durch den Geschäftsabschluß entstandenen Schadens verlangen.

III. Die Frage des Mißbrauchs der Vertretungsmacht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Das RG. stellte sich in Bd. 52 S. 99 und 58 S. 358 auf den Standpunkt, daß bei einem bewußten Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Bevollmächtigten der Dritte, der um den entgegenstehenden Willen des Geschäftsherrn weiß und den bewußten Mißbrauch erkennt, aus dem vom Bevollmächtigten unter Verletzung des Innenverhältnisses abgeschlossenen Rechtsgeschäft keine Rechte gegen den Geschäftsherrn herleiten kann, mag das abgeschlossene Geschäft sich auch innerhalb des Rahmens der Vollmacht halten.

Weiter geht das RG. in Bd. 71 S. 219 = JW. 1909 S. 453, indem es hier das unter bewußtem Mißbrauch der Vertretungsmacht seitens des Vertreters abgeschlossene Geschäft schon dann als für den Geschäftsherrn nicht verbindlich bezeichnet, wenn der Mißbrauch offenbar und dem Dritten erkennbar war. Damit läßt das RG. hier schon fahrlässige Unkenntnis des Dritten vom Mißbrauch der Vollmacht diesem zum Nachteil gereichen. Es ergibt sich jedoch aus dieser Entscheidung nicht klar, welchen Grad der Fahrlässigkeit das RG. beim Dritten erfordert, um dem Geschäft die Verbindlichkeit für den Geschäftsherrn zu versagen. In Bd. 75 S. 299 ff. = JW. 1911 S. 399, einer Entscheidung, die den Mißbrauch der Vertretungsmacht eines Testamentsvollstreckers zum Gegenstand hat, sich aber mit dem Verhältnis von Auftrag und Vollmacht und dem Mißbrauch der Vollmacht eingehend befaßt, fordert das RG. zunächst grobfahrlässiges Nichtkennen des Mißbrauchs seitens des Dritten, spricht sich aber zum Schluß dahin aus, daß es genüge, wenn der Dritte den bewußten Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Vertreter hätte kennen müssen (ebenso RG. 81 S. 257). Im Bd. 83 S. 348 = JW. 1914 S. 299 entscheidet sich das RG. dahin, daß unter diesem Kennenmüssen nicht nur grobfahrlässiges sondern gem. § 122 Abs. 2 BGB. jedes fahrlässige Nichtkennen zu verstehen sei. Diese Stel-

lungnahme des RG. wurde maßgebend für die Entscheidungen der Folgezeit.[27] In einigen neueren Entscheidungen verlangt das RG. aber nicht mehr, daß der Mißbrauch der Vertretungsmacht auf Seiten des Vertreters ein bewußter sei und daß der Dritte außer dem objektiv vorliegenden Mißbrauch auch dieses in der Person des Vertreters vorliegende subjektive Moment kennen müsse, sondern es bezeichnet nun das abgeschlossene Geschäft schon dann als für den Geschäftsherrn unverbindlich, „wenn der Geschäftsgegner weiß oder sich sagen muß, daß der Abschluß dem Interesse des Vollmachtgebers zuwiderlaufe und er den Abschluß keinesfalls beabsichtigt haben könne", so RG. 134 S. 67 = JW. 1932, 576. Wenn auch in dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Tatbestand der Vertreter sich des Mißbrauchs seiner Vertretungsmacht bewußt war, so ist diese Entscheidung m. E. doch dahin aufzufassen, daß das RG. darauf abstellt, ob im Abschluß des Geschäfts objektiv ein Mißbrauch der Vertretungsmacht im oben (unter A) dargelegten Sinn zu erblicken ist.[28] Ebenso sind aufzufassen die Entscheidungen des RG. in Seuff. A. 75 Nr. 126 und in DJZ. 1930 S. 361, während eine Reihe von Entscheidungen des RG. sich zu dieser Frage nicht oder widerspruchsvoll äußern.[29] In JW 1936, S. 643 verlangt das RG wieder, daß der Vertreter sich der Verletzung des Innenverhältnisses bewußt ist.

Auch die Begründung, auf Grund deren das RG. zu dem Ergebnis kommt, daß unter den oben angegebenen Voraussetzungen der Dritte aus dem mit dem Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäft keine Rechte herleiten könne (so drückt sich das RG. in Bd. 52 S. 100 und 75 S. 301 = JW. 1911 S. 399 aus) bzw. daß der Geschäftsherr dieses Geschäft nicht als für sich verbindlich anzuerkennen habe (so drückt sich das RG., in Bd. 71 S. 222 = JW. 1909 S. 453, in Seuff. A. 75 Nr. 126 und in LZ. 1918 S. 376 aus) hat ebenfalls eine Entwicklung durchgemacht.

In Bd. 52 S. 96 geht das RG. davon aus, aus Begriff und Rechtsnatur der Vollmacht folge, daß der Bevollmächtigte grundsätzlich keinen Willen erklären dürfe, der dem ihm bekannten

---

[27] vgl. RG. im Recht 1912 Nr. 889 und in LZ. 1914 S. 173 und 1918 S. 376.

[28] so auch Hammel JW. 1933 S. 2875.

[29] Keine Stellung zu dieser Frage nehmen: RG. in HRR. 1929 Nr. 84, 1932 Nr. 434 und 1933 Nr. 277, in JW. 1930 S. 3481 = Gruch. 71 S. 605 in JW. 1934 S. 683 und 1935 S. 1012 und in Seuff. A. 83 Nr. 4. Einen Widerspruch enthalten in diesem Punkt: RG. in JW. 1931 S. 2229/30 = HRR. 1931, 821 a und in HRR. 1933, 227 und 992, die zunächst darauf abstellen, ob der Vertreter gegen den Willen des Geschäftsherrn gehandelt hat (objektiv), später aber darauf, ob dem Dritten sich begründete Zweifel an der Treue des Bevollmächtigten hätten aufdrängen müssen (subjektiv).

Willen des Geschäftsherrn widerspreche. Dies ist zwar für das Innenverhältnis richtig; wenn das RG. daraus aber folgert, daß der Dritte, der den abweichenden Willen des Geschäftsherrn erkenne, aus dem mit dem Vertreter abgeschlossenen Geschäft keine Rechte herleiten könne, so steht dies in Widerspruch zu dem oben über den Umfang der Vollmacht Ausgeführten, insbesondere zu der im Interesse der Verkehrssicherheit anerkannten selbständigen Natur der Vollmacht. Aus der Natur der Vollmacht ergibt sich also im Gegenteil, daß dieser vom RG. aufgestellte Satz nicht richtig ist.[30] Weiter nimmt das RG. in Bd. 52 S. 96 ff. auf die bereits oben (§ 2 I) erwähnte und gewürdigte Entscheidung in Bd. 15 S. 206 und auf D. 14, 3, 17, 4 Bezug. Daß diese Digestenstelle in Wahrheit keinen Fall des Mißbrauchs der Vertretungsmacht betrifft, ist oben ausgeführt.

In Bd. 58 S. 356 geht das RG. mit Recht davon aus, daß der Dritte der den bewußten Mißbrauch der Vollmacht zum Nachteil des Geschäftsherrn erkennt, aus § 826 BGB. haftet und daß er gemäß §§ 249, 853 BGB. seinen Anspruch nicht geltend machen kann.

In Bd. 71 S. 219 spricht sich das RG. zum ersten Mal ganz allgemein dahin aus, daß der Geschäftsherr berechtigt sei, das Geschäft anzufechten und einem Anspruch des Dritten die Einrede der Arglist entgegenzusetzen. Die Anfechtbarkeit, von der das RG. hier spricht, ist wohl nicht in technischem Sinne zu verstehen, denn ein Anfechtungsgrund im technischen Sinn ist bei den unter Mißbrauch der Vertretungsmacht zu Stande gekommenen Rechtsgeschäften in der Regel nicht zu finden.[31] Es ließe sich höchstens an ein Anfechtungsrecht auf Grund des § 123 BGB. denken. Da aber nach § 166 Abs. 1 BGB. hinsichtlich der die Willenserklärung beeinflussenden Willensmängel bei Vertretergeschäften die Person des Vertreters und nicht die des Geschäftsherrn maßgebend ist, ist § 123 Abs. 1 BGB. nur anwendbar, wenn der Dritte den Vertreter darüber arglistig getäuscht hat, daß das Geschäft in Wirklichkeit einen Mißbrauch der Vertretungsmacht darstellt. Eine durch den Vertreter und den Dritten gemeinsam verübte Täuschung des Geschäftsherrn begründet kein Anfechtungsrecht für den Geschäftsherrn, weder nach § 123 Abs. 1 BGB. — dies schließt § 166 Abs. 1 BGB. aus — noch nach § 123 Abs. 2 BGB., denn der Vertreter ist nicht Dritter i. S. des § 123 Abs. 2 BGB., da er selbst das Geschäft mit dem Dritten abschließt.[32]

---

[30] Gegen das RG. auch Staud S. 82, Kuhr S. 25 und Klas S. 36/38.

[31] So Kipp S. 287.

[32] So Macke S. 60/61, Klas S. 46/47.

In Bd. 75 S. 299 weist das RG. darauf hin, daß bei den Fällen der §§ 169/72 BGB. das Erlöschen der Vertretungsmacht dem Dritten, der es gekannt hat oder kennen mußte, entgegengehalten werden kann, und vertritt die Ansicht, es sei nicht gerechtfertigt, die Fälle des Mißbrauchs der Vertretungsmacht anders zu behandeln als die Fälle des Erlöschens, denn nicht nur das Verkehrsinteresse, sondern auch die Interessen des Geschäftsherrn seien schutzwürdig (ebenso RG. 81, 257).

In der Folge ließ das RG. jedoch diese Begründung fallen und hat sich immer eindeutiger auf den Standpunkt gestellt, daß es unter den erwähnten Voraussetzungen gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der Dritte aus dem mit dem Vertreter abgeschlossenen Geschäft Rechte herleiten könnte,[33] daß ein Festhalten an dem Geschäft seitens des Dritten arglistig wäre[34] und daß dem Geschäftsherrn in einem solchen Falle eine Arglisteinrede zustehe.[35] Besonders deutlich ist hier die Entscheidung in Bd. 134 S. 67, derzufolge unter den angeführten Voraussetzungen „zu Gunsten des Geschäftsherrn die Grundsätze vom Handeln gegen Treu und Glauben Platz greifen und dami dem Vollmachtgeber eine Einrede der Arglist in die Hand gegeben wird", wobei das Handeln gegen Treu und Glauben darin zu erblicken ist „daß der Gschäftsherr unter Berufung auf die formelle Vertretungsmacht des Bevollmächtigten dem Machtgeber ein Geschäft aufzuzwingen versucht, von dem er weiß oder sich sagen muß, daß dieser es nicht gewollt hat, weil es dessen Interessen zuwiderläuft". Es ist dies ein Gedankengang, der mit der exceptio doli generalis des römischen Rechts verwandt ist.

In einer neueren in JW. 1935 S. 1012 veröffentlichten Entscheidung leitet das RG. aus § 826 BGB. eine dem Geschäftsherrn zustehende „Einrede der unerlaubten Rechtsausübung" her für die Fälle, in denen der Dritte bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt den Mißbrauch der Vertretungsmacht hätte erkennen müssen. Diese Einrede soll der exceptio doli generalis des römischen Rechts entsprechen. In den Fällen der Kollusion — das RG. versteht hier unter Kollusion wohl bewußten Mißbrauch der Vertretungsmacht zum Nachteil des Geschäftsherrn durch den Vertreter und Kenntnis desselben seitens des Dritten nicht aber im Zusammenwirken von Vertreter und Drittem —

---

[33] So RG. 101, 64 und RG. in DJZ. 1930 S. 361.

[34] So RG. in Seuff. A. 83 Nr. 4 und in HRR. 1929 Nr. 84.

[35] So RG. in HRR. 1931, 821 a; 1933, 227, 277 und 992; und in JW. 1936 S. 643. In JW. 1930 S. 3481 = Gruch. 71 Nr. 64 spricht das RG. von einem Einwand der Arglist. Gar keine Begründung gibt das RG. für seine Entscheidungen in Bd. 83 S. 348, im Recht 1912 Nr. 889, in LZ. 1914 S. 173 und 1918 S. 376 und in JW. 1934 S. 683.

stellt das RG. in der genannten Entscheidung dem Geschäftsherrn eine der exceptio doli specialis des römischen Rechts entsprechende „Einrede des unerlaubten Rechtserwerbs" zur Verfügung, die es für das geltende Recht ebenfalls aus § 826 BGB. herleitet.

IV. Versuche im Schrifttum, die Interessen des Geschäftsherrn in einem über den sich aus den §§ 138, 823 Abs. 2, 826 BGB. ergebenden Schutz hinausgehenden Umfang zu schützen.

1. Die entsprechende Anwendung der §§ 169, 173 BGB.

Der Begründung des RG. in Bd. 75 S. 299, die Fälle des Mißbrauchs der Vertretungsmacht seien gleich zu behandeln wie die Fälle ihres Erlöschens, schloß sich vor allem Kipp (Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Bd. 2 S. 273 ff.) an. Er ist ebenfalls der Meinung, daß das, was in den Fällen der §§ 169/72 BGB. in Ansehung des Erlöschens der Vollmacht gilt, auf den Fall des Mißbrauchs der Vollmacht zu übertragen ist,[36] sodaß „ein Rechtsgeschäft, welches ein Vertreter in wissentlichem Mißbrauch seiner an und für sich gegebenen Vertretungsmacht vornimmt, während der, dem gegenüber es vorgenommen wird, weiß oder infolge von Fahrlässigkeit nicht weiß, daß der Vertreter seine Vertretungsmacht mißbraucht, durch die Vertretungsmacht nicht gedeckt wird".[37] Mit dieser Begründung kommt Kipp zu dem Grundsatz: „Aus Rechtshandlungen eines Vertreters können keine Rechte gegen den Vertretenen hergeleitet werden, wenn der Vertreter bewußt die Vollmacht zum Nachteil des Vertretenen mißbraucht und der Dritte dies weiß oder wissen mußte".[38] Dieser Ansicht schlossen sich Enneccerus-Nipperdey[39] und Lehmann[04] an.

Bei den das Erlöschen der Vollmacht betreffenden Gesetzesbestimmungen, an die diese Ansicht anknüpfen kann, handelt es sich um die §§ 169, 173 BGB.

Nach § 168 Satz 1 BGB. richtet sich das Erlöschen auch einer dem Dritten gegenüber erteilten Vollmacht nach dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis zwischen dem Vertreter und

---

[36] S. 285.
[37] S. 285.
[38] S. 285/86.
[39] 13. Bearb. § 170 4.
[40] 4. Aufl. § 36 IV 4.

dem Geschäftsherrn. Nach § 170 BGB. bleibt die Vertretungsmacht aber dem Dritten gegenüber in Kraft, bis das Erlöschen der Vollmacht, sei es auf Grund des § 168 Satz 1 BGB. oder durch Widerruf der Vollmacht gegenüber dem Vertreter erfolgt, dem Dritten angezeigt wird. Auch die auf Grund der §§ 171/72 BGB. bestehende Vertretungsmacht bleibt Dritten gegenüber in Kraft, bis die Kundgebung in derselben Weise, in der sie erfolgt ist, widerrufen wird bzw. bis die Vollmachtsurkunde dem Geschäftsherrn zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird. Eine durch öffentliche Bekanntmachung einer Bevollmächtigung oder durch Ausstellung einer Vollmachtsurkunde entstandene Vertretungsmacht wird allerdings, was in den §§ 171/72 BGB. nicht erwähnt ist, sich aber aus einem argumentum a majore aus § 170 BGB. und a minore aus § 171 Abs. 2 BGB. ergibt, auch durch Widerruf einem bestimmten Dritten gegenüber diesem gegenüber außer Kraft gesetzt werden können.[41] Die Fälle der §§ 170/72 BGB. sind Fälle, in denen zum Schutz gutgläubiger Dritter eine „Scheinvollmacht" vom Gesetz angenommen wird. § 173 BGB. bestimmt nun, daß der Dritte, der das Erlöschen der Vollmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts mit dem Vertreter kannte oder kennen mußte, sich auf diese Scheinvollmacht nicht berufen kann. Hat also der Dritte das Erlöschen des Innenverhältnisses und damit das Erlöschen der Vollmacht gekannt oder mußte er es erkennen, so muß er dies gegen sich gelten lassen.

Etwas anders liegt der Fall des § 169 BGB. Während in den Fällen der §§ 170/73 BGB. die Vollmacht in Wirklichkeit nicht mehr besteht und ihre Fortdauer nur zum Schutz gutgläubiger Dritter angenommen wird, besteht hier die Vollmacht tatsächlich noch, da der Auftrag des Vertreters nach § 674 BGB., wenn er in anderer Weise als durch Widerruf erlischt, zu Gunsten des Beauftragten so lange als fortbestehend gilt, bis dieser vom Erlöschen Kenntnis hat oder es kennen muß.[42] Der Vertreter soll durch diese Bestimmung vor der Haftung als vollmachtsloser Vertreter geschützt werden und als Reflexwirkung kommt diese Bestimmung auch dem Dritten zu Gute. § 169 GBB. bestimmt jedoch, daß der Dritte, der das Erlöschen des Auftrags kennt oder kennen muß, sich auf die an sich noch bestehende Vollmacht nicht berufen kann.

Aus diesen beiden Gesetzesbestimmungen ergibt sich also, daß das Erlöschen des Innenverhältnisses dem Dritten stets entgegengehalten werden kann, wenn es ihm bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, und zwar im Falle des § 169 BGB.

---

[41] So Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 175, 6.

[42] So Oertmann, 3. Aufl. Bem. 3 zu § 169: a. A. Hammel JW. 1934 S. 2876, der die Vollmacht hier für erloschen hält.

sogar dann, wenn dieses Erlöschen des Innenverhältnisses noch nicht ohne weiteres das Erlöschen der Vollmacht nach sich zieht. Kannte der Dritte das Erlöschen des Innenverhältnisses oder mußte er es kennen, so kann er sich nicht auf die Vollmacht bzw. Scheinvollmacht des Vertreters berufen; ein Geschäft, das er mit dem Vertreter abgeschlossen hat, wird durch dessen Vertretungsmacht nicht gedeckt.

Aus §§ 169, 173 BGB. wird nun der Analogieschluß gezogen, daß der Dritte auch die Ueberschreitung des Innenverhältnisses und nicht nur sein Erlöschen insoweit berücksichtigen muß, als es ihm bekannt ist oder bekannt sein muß, und daß ein Geschäft, das er mit dem Vertreter abschließt, obwohl er erkennt oder erkennen muß, daß dieser das Innenverhältnis verletzt, nicht von der Vertretungsmacht gedeckt wird. Dabei muß der Geschäftsherr beweisen, daß der Dritte solcherart in bösem Glauben war, denn die Gutgläubigkeit des Dritten wird vermutet. Während nun Kipp, Enneccerus-Nipperdey und Lehmann die §§ 169, 173 BGB. auf die Ueberschreitung des Innenverhältnisses nur dann entsprechend anwenden, wenn der Vertreter seine Pflichten aus dem Innenverhältnis bewußt verletzt hat, ziehen Hammel[43] und Kuhlenbeck[44] die Analogie aus den §§ 169, 173 BGB. uneingeschränkt und stellen lediglich darauf ab, ob objektiv ein Mißbrauch der Vertretungsmacht seitens des Vertreters vorliegt und der Dritte diesen erkannte oder erkennen mußte.

Ehe diese, wohl herrschende Ansicht einer kritischen Würdigung unterzogen wird, soll sie in ihren Auswirkungen eingehend dargestellt werden.

Nach dieser Ansicht, die die §§ 169, 173 BGB. auf die Ueberschreitung des Innenverhältnisses entsprechend anwendet, muß der Dritte also in gewissem Umfang nachprüfen und sich erkundigen, ob das vom Vertreter abgeschlossene Geschäft im Rahmen des Innenverhältnisses liegt. Manche sprechen hier von einer Nachforschungs- oder Erkundigungspflicht des Dritten.[45] Da der Grundgedanke der §§ 169, 173 BGB. der ist, daß auch der Dritte dem Geschäftsherrn eine billige Rücksichtnahme auf seine Interessen schuldet, kann man diese Bestimmungen als einen Ausfluß der Treupflicht bezeichnen, die sich die Parteien gegenseitig schulden.

Wenn man die §§ 169, 173 BGB. auf die Ueberschreitung des Innenverhältnisses entsprechend anwendet, erhebt sich nun die Frage, wann der Dritte nachforschen muß, ob der Abschluß des

---

[43] JW. 1933 S. 2876.

[44] JW. 1896 S. 579.

[45] So z. B. Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Vorbem. 9 und 30 vor §§ 48 ff.

beabsichtigten Geschäfts auch nach dem Innenverhältnis dem Vertreter erlaubt ist, und wie weit diese Nachforschungen gehen müssen. Es muß, wenn man die §§ 169, 173 BGB. analog anwendet, für die Nachforschung bei Ueberschreitung des Innenverhältnisses dasselbe gelten, wie für die Nachforschung bei Erlöschen des Innenverhältnisses.

Das Gesetz sagt in §§ 169, 173 BGB., daß sich der Dritte dann nicht auf die Vertretungsmacht berufen kann, wenn er das Erlöschen der Vollmacht kannte oder kennen mußte. Das Kennenmüssen ist i. S. des § 122 Abs. 2 BGB. als fahrlässiges Nichtkennen aufzufassen.[46] Der Dritte muß also jedes fahrlässige Verhalten seinerseits gegen sich gelten lassen.

Dies erscheint manchen als zu weitgehend, sie vertreten die Meinung, man müsse das Kennenmüssen hier als grobfahrlässiges Nichtkennen auffassen.[47] Dies Bedenken ist aber m. E. nicht stichhaltig. Fahrlässigkeit bedeutet Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Welche Sorgfalt im einzelnen Fall erforderlich ist, bestimmt sich nach den Umständen. In den verschiedenen Lagen des Verkehrs wird eine verschieden große Sorgfalt verlangt werden müssen. Hier bei der Nachprüfung des Erlöschens, bzw. der Ueberschreitung des Innenverhältnisses fordert der Verkehr mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit kein besonders hohes Maß von Sorgfalt, sodaß man praktisch, auch wenn man einfache Fahrlässigkeit des Dritten genügen läßt, zu denselben Ergebnissen kommt, zu denen diejenigen kommen, die nur grobe Fahrlässigkeit dem Dritten zum Nachteil gereichen lassen wollen.

Der Dritte muß nämlich, wenn man die §§ 169, 173 BGB. auf die Ueberschreitung des Innenverhältnisses entsprechend anwendet, Prüfungen und Nachforschungen erst dann anstellen, wenn sich ihm der Verdacht aufdrängen muß, daß der Vertreter sein Innenverhältnis verletzt.[48] Er muß, ebenso wie beim Erlöschen der Vollmacht, nicht ohne besondere Veranlassung nachforschen, sondern es müssen besondere Umstände vorliegen, die ihn bei redlicher Rücksichtnahme auf die Belange des Geschäftsherrn stutzig machen müssen. Auch aus § 370 BGB., bei dem es sich um einen mit den Fällen der §§ 171/72 BGB. verwandten Fall der Fiktion einer Ermächtigung zu Gunsten des auf einen vom Geschäftsherrn veranlaßten Rechtsschein vertrauenden Dritten handelt und der daher auch bei der Vollmacht zum Vergleich heran-

---

[46] So v. Tuhr § 49 II 3; RG. 83, 348.

[47] So besonders Egger S. 64/5.

[48] So Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Bem. 1 zu § 173; Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Vorbem. 9 und 30 vor §§ 48 ff.; RG. in JW. 1929 S. 2229/30, in HRR. 1933, 227 und 277 und in Seuff. A. 83 Nr. 4.

gezogen werden kann, ergibt sich, daß besondere Umstände vorliegen müssen, wenn der Dritte sich nicht ohne weiteres auf die Vertretungsmacht des Vertreters berufen können soll.

Das RG. nahm z. B. an, daß der Dritte Nachforschungen anstellen muß, wenn er Gläubiger des Vertreters ist und auf die Schuld des Vertreters an ihn auf Grund Ausfüllung einer dem Vertreter anvertrauten Blankoabtretung eine Eigentümergrundschuld des Geschäftsherrn übernimmt.[49] Gleichgültig ist dabei, daß das RG. nicht auf Grund sinngemäßer Anwendung der §§ 169, 173 BGB. sondern unter Heranziehung der exceptio doli generalis zum Ergebnis kommt, daß der Dritte sich auf das mit dem Vertreter abgeschlossene Geschäft nicht berufen kann, wenn er den Mißbrauch der Vertretungsmacht erkannte oder erkennen mußte, denn die Bedeutung des Kennenmüssens ist bei diesen beiden Begründungen natürlich dieselbe.

Dagegen ist das RG. der Meinung, daß der Dritte nicht schon dann Nachforschungen anstellen muß, wenn ein Generalvertreter namens des Geschäftsherrn eine Bürgschaft für eine eigene Schuld eingeht.[50] Wenn man schon nicht nur das Kennen, sondern auch das Kennenmüssen des Dritten diesem zum Nachteil gereichen läßt, so muß man m. E. doch wohl in der Unterlassung von Nachforschungen in einem solchen Fall eine Fahrlässigkeit erblicken.

Liegt der Fall nun so, daß der Dritte nachprüfen muß, ob der Vertreter mit dem beabsichtigten Geschäft sein Innenverhältnis zum Geschäftsherrn überschreitet, so muß er, wenn er sich nicht schon auf andere Weise Klarheit verschaffen kann, sich beim Geschäftsherrn erkundigen.

Wendet man die §§ 169, 173 BGB. auch auf die Fälle der Ueberschreitung des Innenverhältnisses durch den Vertreter entsprechend an, so ist die Rechtsfolge die, daß, wenn der Dritte den Mißbrauch der Vertretungsmacht erkannte oder erkennen mußte, das Rechtsgeschäft, das er dennoch mit dem Vertreter abgeschlossen hat, durch die Vertretungsmacht nicht gedeckt wird.[51]

Handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft, so ist dieses nach § 180 Satz 1 BGB. unwirksam, sofern nicht einer der Ausnahmefälle des § 180 Satz 2 und 3 BGB. vorliegt. Handelt es sich um einen Vertrag, so hängt seine Wirksamkeit für und gegen den Geschäftsherrn von dessen Genehmigung ab (§ 177 Abs. 1 BGB.). Bis zur Entscheidung über seine Wirksamkeit ist der Vertrag schwebend unwirksam. Der Geschäftsherr wird sich

---

[49] So RG. in HRR. 1932 Nr. 434.

[50] So RG. 71, 219 und RG. in JW. 1929 S. 2229/30.

[51] So Kipp S. 287/88; Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 170, 4; Lehmann, 4. Aufl. § 36 VI 4; Hammel JW. 1933 S. 2877.

zwar selten veranlaßt sehen, seine Genehmigung zu erteilen, aber die Entscheidung darüber, ob das Geschäft gelten soll, steht ihm ebenso zu, wie nach der Ansicht, nach der er nur unter den Voraussetzungen der §§ 826, 823 Abs. 2 BGB. sich klag- oder einredeweise gegen ein Verpflichtetwerden aus dem unter Mißbrauch der Vertretungsmacht abgeschlossenen Geschäft wenden kann.

Wendet man die §§ 169, 173 BGB. auf die Fälle des Mißbrauchs der Vertretungsmacht entsprechend an, so kann der Geschäftsherr von den Rechtsfolgen der §§ 177/80 BGB. abgesehen bei verweigerter Genehmigung unter den Vorausetzungen der §§ 826, 823 Abs. 2 BGB. auch noch Ersatz des ihm durch den Abschluß des Geschäfts entstandenen Schadens vom Dritten verlangen,[52] so z. B. wenn der Vertreter, wenn er nicht mit dem Dritten abgeschlossen hätte, ein anderes vorteilhaftes Geschäft abgeschlossen hätte, das nun nicht zu Stande gekommen ist.

Zum Widerruf des Geschäfts nach § 178 BGB. ist der Dritte nicht berechtigt, wenn er den Mißbrauch der Vertretungsmacht gekannt hat, da er dann ihr Fehlen gekannt hat.[53] Vom Vertreter kann der Dritte keinen Schadensersatz nach § 179 BGB. verlangen, denn er kannte den Mißbrauch der Vertretungsmacht und damit ihr Fehlen bzw. er mußte ihn kennen.[54] An sich kann er aber von dem Geschäftsherrn Ersatz des Schadens verlangen, den er durch die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts erlitten hat, wenn der Vertreter beim Vertragsschluß das Innenverhältnis und damit seine Vertretungsmacht schuldhaft überschritten hat, denn auch für ein Verschulden des Vertreters, das im Abschluß eines Vertrags als Vertreter ohne Vertretungsmacht liegt, ist der Geschäftsherr nach § 278 BGB. verantwortlich.[55] Der Dritte hat den Schaden, den er erlitten hat, aber mitverschuldet, da er ja den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte. Kannte er ihn, so hat er wohl nach § 254 BGB. allein für den Schaden aufzukommen, denn er hätte den Schaden verhindern können, indem er sich nicht an dem unter Mißbrauch der Vertretungsmacht abgeschlossenen Geschäft beteiligt hätte. Ebenso muß er m. E. für den ganzen Schaden dann aufkommen, wenn sowohl er wie der Vertreter fahrlässig gehandelt hat, während eine Verteilung des Schadens dann in Betracht kommt, wenn der Vertreter seine Vertretungsmacht vorsätzlich mißbraucht hat und der Dritte dies infolge Fahrlässigkeit nicht erkannt hat.

---

[52] So Kipp S. 288.
[53] So Kipp S. 288.
[54] So Kipp S. 288.
[55] So Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 166 I 1 a α und § 170 3; Lehmann, 4. Aufl. § 36 VI 2 a γ. a. A. v. Tuhr § 87 IV.

Die Frage ist nun, ob diese entsprechende Anwendung der §§ 169, 173 BGB. auf die Fälle der Ueberschreitung des Innenverhältnisses, die hier in ihrer Bedeutung und in ihren Rechtsfolgen eingehend dargestellt wurde, gerechtfertigt ist. Dies ist m. E. zu verneinen.

Man kann die Ueberschreitung des Innenverhältnisses nicht ohne weiteres dem Erlöschen des Innenverhältnisses gleichstellen. Jedes Innenverhältnis zwischen Vertreter und Geschäftsherrn wird einmal sein Ende finden. Mit dem Erlöschen muß der Dritte auf alle Fälle rechnen, während er mit einer Ueberschreitung des Innenverhältnisses oder gar mit einer Untreue des Vertreters nicht so sehr rechnen muß.

Außerdem hat der Geschäftsherr damit, daß er den Vertreter bevollmächtigt hat, zum Ausdruck gebracht, daß er ihm zwar nicht auf unbeschränkte Zeit, aber doch solange das Vertretungsverhältnis besteht, das Vertrauen schenkt, daß er auch innerhalb einer weitergehenden Vollmacht die Schranken des Innenverhältnisses einhält.

Weiter sind die beiden Bestimmungen der §§ 169, 173 BGB. ganz eng gefaßt und dadurch deutlich als Ausnahmefälle gekennzeichnet. Eine sinngemäße Auslegung des Gesetzes ergibt, daß in diesen beiden Bestimmungen nicht etwa der allgemeine Grundsatz zum Ausdruck kommt, daß der Dritte darauf Rücksicht zu nehmen und zu prüfen hat, ob das Handeln des Vertreters nach außen auch im Innenverhältnis gegenüber dem Geschäftsherrn ein berechtigtes ist. Die §§ 169, 173 BGB. sind vielmehr ausschließlich auf den Fall des Erlöschens des Innenverhältnisses zugeschnitten. Es ist hierbei davon auszugehen, daß ja nach § 168 Satz 1 BGB. die Vollmacht grundsätzlich mit dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis erlischt. Die §§ 169, 173 BGB. sagen nun, daß das im einen Fall zu Gunsten des gutgläubigen Vertreters im anderen Fall zu Gunsten des gutgläubigen Dritten angenommene Fortbestehen der Vertretungsmacht dann nicht Platz greift, wenn der Dritte das Erlöschen des Innenverhältnisses kennt oder kennen muß. Anders liegt es aber hinsichtlich der Entstehung und des Umfangs der Vollmacht. Hinsichtlich dieser ist die Vollmacht nicht vom Innenverhältnis abhängig sondern, wie oben ausführlich entwickelt wurde, selbständig. Diese Selbständigkeit der Vollmacht ist das Ergebnis einer langen geschichtlichen Entwicklung, im Lauf deren sich das Verkehrsinteresse durchgesetzt hat. Eine entsprechende Anwendung der §§ 169, 173 BGB. auf die Fälle der Ueberschreitung des Innenverhältnisses würde praktisch zum selben Ergebnis führen wie die oben abgelehnte Lehre, nach der die Vollmacht vom Grundverhältnis grundsätzlich abhängig ist und nur zu Gunsten

des auf den Rechtsschein vertrauenden gutgläubigen Dritten eine Scheinvollmacht angenommen werden kann. Ein theoretischer Unterschied würde lediglich darin bestehen, daß nach der Ansicht, die die §§ 169, 173 BGB. der entsprechenden Anwendung für fähig hält, eine echte Vollmacht bestehen würde, die aber bei schlechtem Glauben des Dritten wegfallen würde. Eine entsprechende Anwendung der §§ 169, 173 BGB. auf die Fälle der Ueberschreitung des Innenverhältnisses würde insbesondere zu denselben Ergebnissen führen wie die oben § 4 abgelehnte Lehre Siebert's, nach der die Vertretungsmacht durch die Pflichtstellung des Vertreters inhaltlich gestaltet wird und nur das Vertrauen des Dritten geschützt wird, der die Pflichtverletzung des Vertreters weder kannte noch infolge Fahrlässigkeit nicht kannte, nach der also den Dritten ebenfalls eine Nachforschungs- und Erkundigungspflicht hinsichtlich des Innenverhältnisses im dargestellten Umfang trifft.

Weiter ist es m. E. zweifelhaft, ob die Regelung, die die §§ 169, 173 BGB. für das Erlöschen der Vertretungsmacht enthalten, selbst für die Fälle des Erlöschens der Vertretungsmacht billig ist. Insbesondere im Fall des § 173 BGB. ist der Sachverhalt der, daß der Geschätsherr durch ein ihm zurechenbares Verhalten den Dritten veranlaßt hat, auf das Bestehen einer Vollmacht zu vertrauen. Im Interesse der Schnelligkeit und Sicherheit des Verkehrs sollte der Dritte sich auf das Bestehen der Vertretungsmacht ohne weiteres verlassen können und nicht Gefahr laufen, daß das Geschäft, das er mit dem Vertreter abgeschlossen hat, nach den Grundsätzen der §§ 177/80 BGB. behandelt wird, wenn er der Prüfungspflicht, die § 173 BGB. unbilligerweise begründet, nicht genügt hat.

Ganz verfehlt ist es aber m. E. diese in ihrer Billigkeit zweifelhafte Regelung der §§ 169, 173 BGB. auf andere Fälle entsprechend anzuwenden und die Prüfungspflicht des Dritten auch noch auf andere Punkte als auf das Erlöschen der Vollmacht auszudehnen und damit den Verkehr noch weiter zu hemmen. Die Frage der entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 169, 173 BGB. auf die Fälle des Mißbrauchs der Vertretungsmacht ist verwandt mit der Frage der entsprechenden Anwendbarkeit des § 173 BGB. auf die Entstehung der auf den §§ 171/72 BGB. beruhenden Vertretungsmacht, die oben § 3 II ebenfalls verneint wurde. Auch dort handelt es sich um eine Ausdehnung der sich aus § 173 BGB. ergebenden Prüfungspflicht des Dritten auf einen weiteren Punkt, nämlich auf die Entstehung der kundgegebenen Vollmacht.

Die Verneinung der entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 169, 173 BGB. auf die Fälle des Mißbrauchs der Vertretungs-

macht führt auch zu keinen unbilligen Ergebnissen. Unbillig wäre es allerdings, wenn der Dritte aus einem in Kenntnis des Mißbrauchs der Vertretungsmacht mit dem Vertreter abgeschlossenen Geschäft Rechte gegen den Geschäftsherrn herleiten könnte. Hier kommt man jedoch mit Hilfe der §§ 826, 249, 853 BGB. zum gleichen Ergebnis, zu dem die Fürsprecher einer entsprechenden Anwendung der §§ 169, 173 BGB. kommen. Die im Fall der entsprechenden Anwendung der §§ 169, 173 BGB. nach §§ 177/80 BGB. gegebenen Rechtsfolgen unterscheiden sich nur in unwesentlichen Punkten von den nach §§ 826, 249, 853 BGB. eintretenden und sind diesen nicht vorzuziehen.

Daß der Dritte aus einem mit dem Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäft Rechte gegen den Geschäftsherrn herleiten kann, obwohl er den Mißbrauch der Vertretungsmacht hätte erkennen müssen, ist aus den folgenden Erwägungen nicht unbillig.

Wie oben § 4 ausgeführt, muß der Dritte schon bei der Prüfung des Umfangs der Außenvollmacht und der Vertretungsmacht auf Grund der §§ 171, 172 BGB., den er natürlich untersuchen muß, alle Umstände mit berücksichtigen, die ihm erkennbar sind, also auch das Grundverhältnis, soweit es für ihn erkennbar ist und sofern nicht der Geschäftsherr die Vollmacht absichtlich weiter gefaßt hat als das Grundverhältnis. Der einzige Gegensatz zu der Meinung, die die §§ 169, 173 BGB. beim Mißbrauch der Vollmacht entsprechend anwendet, ist, daß der Dritte keine Erkundigungen einziehen, insbesondere keine Rückfragen beim Geschäftsherrn anstellen, sondern nur das berücksichtigen muß, was ihm ohne weiteres erkennbar ist. Dies ist aber nicht unbillig, denn die Einziehung von Erkundigungen hemmt den Verkehr und wird, weil sie dem Dritten zu beschwerlich ist, diesen oft vom Abschluß des Geschäfts überhaupt abhalten.

Es könnte unbillig erscheinen, daß nach der hier vertretenen Ansicht der Dritte auch bei der gegenüber dem Vertreter erteilten Vollmacht nicht nachprüfen muß, ob der Vertreter sein Innenverhältnis überschreitet. Dies ist aber nicht richtig, denn wie oben § 4 ausgeführt, deckt sich ja hier der Umfang der Vollmacht meist mit dem Innenverhältnis und somit muß der Dritte, da er den Umfang der Vollmacht nachprüfen muß, in der Regel nachprüfen, ob der Vertreter im Innenverhältnis zum Abschluß des Geschäfts berechtigt ist. Anders ist es nur, wenn der Geschäftsherr die Innenvollmacht absichtlich weiter gefaßt hat als das Grundverhältnis. Hier ist es aber nicht unbillig, wenn der Dritte nicht nachprüfen muß, ob der Vertreter im Innenverhältnis zum Abschluß des Geschäfts berechtigt ist. Der Geschäftsherr hat dem Vertreter hier eine weitergehende Vollmacht gegeben, um ihm sein Auftreten nach außen zu erleichtern, im Vertrauen, daß

er diese Vollmacht nicht mißbraucht; er hat damit die Gefahr des Mißbrauchs übernommen und muß sie nun auch tragen.

Somit verdient bei einem Mißbrauch der Vertretungsmacht das Interesse des Geschäftsherrn nur dann den Vorzug vor dem Interesse des Dritten, wenn dieser den Mißbrauch erkannt hat.

Müller-Erzbach [56] hält, ohne eine entsprechende Anwendung der §§ 169, 173 BGB. zu befürworten, die Interessen des Geschäftsherrn in weiterem Umfang für schutzwürdig. Er geht davon aus, daß die Vollmacht in der Regel im Interesse des Geschäftsherrn erteilt sei, und folgert daraus, daß ein Handeln des Vertreters, das offensichtlich den Interessen des Geschäftsherrn zuwiderläuft, „aus dem ersichtlichen Interesse des Vollmachtgebers heraus ... als nicht mehr durch die Vollmacht gedeckt gelten" könne.

Soweit der Dritte diese Verletzung der Interessen des Geschäftsherrn ohne weiteres klar erkennen kann, wird in der Regel schon eine sinngemäße Auslegung des Umfangs der Vollmacht ergeben, daß das betreffende Geschäft nicht als durch die Vollmacht gedeckt gelten kann. Soweit aber der Dritte besondere Erkundigungen anstellen müßte, um den Fall aufzuklären, und soweit der Geschäftsherr die Vollmacht in ihrem Umfang absichtlich von seinem Innenverhältnis mit dem Vertreter, das diesem die Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn zur Pflicht macht, losgelöst hat, ist die Interessenabwägung Müller-Erzbachs m. E. aus den eben geschilderten Gesichtspunkten unbillig und kann ihr nicht Folge geleistet werden.

Gegen die hier verfolgte Methode, die Interessen der beiden Parteien aufzuzeigen und zu ntersuchen, in welcher Weise das Gesetz den Widerstreit dieser Interessen entschieden hat, wendet sich Siebert (Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs S. 21 ff.). Er wirft dieser Methode vor, daß sie Interessen einzelner einander gegenüberstelle und zum isolierten Ausgangspunkt ihrer Betrachtungen mache, anstatt von der Gemeinschaft auszugehen, daß sie den Anforderungen des Gemeinschaftsgedankens nicht genüge, da sie gegenüberstelle und ausgleiche, statt zu verbinden und zu gestalten. [57] Siebert setzt an die Stelle des Interesses die Pflicht als etwas, was nicht neben dem Recht stehe, sondern in ihm enthalten sei und es gestalte. [58] Die Vorwürfe Siebert's gegen die hier verfolgte Methode hat Heck (Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, AZP. 142 S. 129 ff. und S. 297 ff.)

---

[56] Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen. Zwei Hauptgesichtspunkte der Rechts- und Lebensdurchdringung. S. 129.

[57] Siebert a. a. O. S. 23/24.

[58] Siebert S. 24.

als auf Mißverständnissen beruhend, widerlegt. Die Interessenlehre sucht die Lebensbedürfnisse des Volks in ihren Zusammenhängen wie in ihren Verschiedenheiten vollständig zu erkennen.[59] Sie sieht nicht nur die sich gegenüberstehenden Interessen der Parteien sondern ebenso auch das Allgemeininteresse, das z. B. im vorliegenden Fall als Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit des Verkehrs besonders starker Betonung bedarf. Die subjektiven Rechte des Einzelnen enthalten nach ihr nicht nur einen Schutz der Interessen des Berechtigten sondern auch Pflichten des Berechtigten. Sie macht also nicht das Interesse des Berechtigten zum Ausgangspunkt aller ihrer Betrachtungen, sie sucht vielmehr unter Abwägung aller hereinspielender Gesichtspunkte zu einem ganzheitlichen Gesamtbild und zu einer wahren Gestaltung der Rechte zu kommen. Dies mag zuweilen deshalb übersehen werden, weil das Wort Interesse, mit dem die Interessenlehre vorwiegend arbeitet, falsch verstanden wird.[60] Der Pflichtgedanke, den Siebert zum Ausgangspunkt aller Betrachtungen macht, ist ein für jede Rechtsbetrachtung wesentlicher Gesichtspunkt, den auch die Interessenlehre nicht übersieht, es können aber auf ihm keine Konstruktionen aufgebaut werden.

2. Die Heranziehung der exceptio doli beim Mißbrauch der Vertretungsmacht.

Nicht nur in der Rechtsprechung, sondern auch im Schrifttum wird dem Geschäftsherrn vielfach mit Hilfe einer der römischen exceptio doli generalis nachgebildeten Arglisteinrede Schutz gewährt. So gewährt Macke[61] dem Geschäftsherrn dann eine Einrede aus § 242 BGB., die er als Anwendungsfall der exceptio doli generalis bezeichnet, wenn der Dritte den vorsätzlichen Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Vertreter grobfahrlässig nicht erkannt hat. Klas[62] gibt dem Geschäftsherrn bei grobfahrlässiger Unkenntnis des Dritten vom Mißbrauch der Vertretungsmacht eine Einrede aus § 242 BGB., ohne sich darüber auszusprechen, ob der Mißbrauch der Vertretungsmacht auf Seiten des Vertreters ein vorsätzlicher sein muß oder nicht. Enneccerus (Bd. 1, 12. Bearb. § 170 I 4) gibt dem Geschäftsherrn eine exceptio doli generalis, wenn der Dritte den bewußten Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Vertreter erkannt hat oder hätte erkennen müssen (so auch Staudinger-Riezler,

---

[59] So Heck AZP. 142 S. 319.
[60] Vgl. Heck a. a. O.
[61] S. 67/68.
[62] S. 28.

9. Aufl. Bem. 7 zu § 164 und Bem. 8 b zu § 168), im ersteren Fall gibt er ihm außerdem einen Ersatzanspruch nach § 826 BGB. Nach Planck-Flad (4. Aufl. Bem. 7 c zu § 167) steht dem Anspruch des Dritten ein Einwand der Arglist entgegen, wenn ihm der Mißbrauch der Vertretungsmacht bekannt war oder wenn er ihn hätte erkennen müssen, wobei nichts darüber gesagt ist, ob dieser Mißbrauch auf Seiten des Vertreters ein vorsätzlicher sein muß. Nach RGRK. (8. Aufl. Bem. 4 zu § 164) ist ein Einwand der Arglist in all den Fällen begründet, in denen der Vertreter objektiv die Vertretungsmacht mißbraucht hat und der Dritte diesen Mißbrauch kannte oder erkennen mußte.

Während die exceptio doli specialis oder praeteriti des römischen Rechts im BGB. in den §§ 823 Abs. 2, 826, 853 Ausdruck gefunden hat, sind die in den §§ 133, 157, 226, 242 BGB. zum Ausdruck kommenden Grundsätze mit der exceptio doli generalis verwandt. Ein Antrag, der die Einführung der exceptio doli generalis des römischen Rechts in ihrem ganzen Umfang ins BGB. zum Ziel hatte, wurde von der zweiten Kommission abgelehnt (Prot. I S. 239/40). Die Rechtsprechung und die in der Wissenschaft herrschende Lehre setzten sich jedoch bald über die Bedenken der zweiten Kommission hinweg. In § 242 BGB. wurde eine Anerkennung des bonae fidei Grundsatzes auch für unser Schuldrecht erblickt und § 242 BGB. wurde erweiternd dahin ausgelegt, daß er nicht nur das Wie der Leistung des Schuldners sondern auch das Ob der Leistung des Schuldners betreffe. So wurde aus § 242 BGB. der der exceptio doli generalis des römischen Rechts entsprechende Rechtssatz hergeleitet, daß ein Anspruch, der sich aus anderen Bestimmungen des Gesetzes ergeben würde, dann zu verneinen ist, wenn seine Geltendmachung objektiv gegen Treu und Glauben verstößt.[63] Teilweise wurde auch die Meinung vertreten, daß die Geltendmachung eines an sich bestehenden Anspruchs nicht schon dann unzulässig sei, wenn sie gegen Treu und Glauben verstoße, sondern nur, wenn in ihr

---

[63] so Wendt, AZP. 100, 1 ff.: Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Bem. VIII zu § 123 und Bem. 7 zu § 157; Planck-Siber, 4. Aufl. Bem. 3 c α zu § 242; RGRK. 8. Aufl. Bem. 4 zu § 242; Enneccerus-Nipperdey, 15. Bearb. § 208 III; Enneccerus-Lehmann, 11. Bearb. § 4 II; Heck, Grundriß des Schuldrechts, § 4, 2 und 4; v. Tuhr § 64 II und § 93 II; RG. 71, 432; 81, 395; 87, 281; RG. in JW. 1904 S. 89 und in Seuff. A. 59 Nr. 145; a. A. Henle, Treu und Glauben im Rechtsverkehr; Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerl. Gesetzbuchs. Oertmann, 3. Aufl. Bem. 3 b vor §§ 194 ff.; Endemann, 8. Aufl. Bd. 1, § 84 Anm. 4; Ramdohr, Rechtsmißbrauch Gruch. 46 S. 577 ff.; Staud S. 58/60 und Dittmar S. 33.

ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken sei.[64] Diese Ansicht hat sich jedoch nicht durchgesetzt und wurde nur vereinzelt vertreten.

Der Verstoß gegen Treu und Glauben, der in der Geltendmachung eines Anspruchs liegen kann, ist bei Anwendung des § 242 BGB. von Amtswegen zu berücksichtigen.[65]

Der aus dem Grundsatz von Treu und Glauben auch für das geltende Recht abgeleitete Rechtssatz, daß eine Geltendmachung eines Anspruchs, die Treu und Glauben widerspricht, unzulässig ist, ist aber mit Vorsicht anzuwenden. Es darf unter Berufung auf ihn nicht eine autoritative Entscheidung des Gesetzes außer Geltung gesetzt werden, sondern er ist nur anzuwenden in Fällen, in denen sich aus dem Gesetz zwar zunächst ein Anspruch ergibt, in denen dieses Ergebnis aber offenbar nicht dem wahren Willen des Gesetzgebers entspricht.[66]

Generalklauseln, wie § 242 BGB. eine enthält, setzen eine einheitliche, in einer geschlossenen Weltanschauung wurzelnde Rechtsidee voraus.[67] Sie machen das Recht beweglich, dienen der Anpassung des Rechts an besondere Lebensverhältnisse sowie der Fortbildung des Rechts[68] und ermöglichen, was heute von ganz besonderer Bedeutung ist, das Eindringen neuer Rechtsgedanken in das geltende Recht[69]. Aufgabe des Richters ist es, durch vorsichtigen und überlegten Gebrauch zu verhindern, daß die Generalklauseln zu einer Lösung vom Gesetz führen. Vor allem darf nicht durch eine oberflächliche Begründung einer Entscheidung aus Treu und Glauben und durch Heranziehung der exceptio doli generalis und des § 242 BGB. verdeckt werden, daß es ich in Wirklichkeit um die Auslegung

---

[64] So bes. Cosack-Mitteis, 8. Aufl. Bd. 1 § 124 II 1. Eine Mittelmeinung vertritt Gadow JJ. 84, 174 ff., der bei einem Teil der Fälle der exceptio doli generalis einen Verstoß gegen die guten Sitten verlangt, vgl. S. 188 ff.; ebenso RG. in JW. 1935 S. 1012.

[65] So Staudinger-Werner, 9. Aufl. Bem. III 2 zu § 242; Enneccerus-Lehmann, 11. Bearb. § 4 II 1; Schneider S. 26 und v. Tuhr § 63 II und § 93 II, Letzterer allerdings mit der Einschränkung, daß sich aus Treu und Glauben im Einzelfall ergeben könne, daß nur eine Einrede zu gewähren sei. A. Ans. Planck-Siber, 3. Aufl. Bem. 3 c aa zu § 242, wonach der Verstoß gegen Treu und Glauben nur dann von Amtswegen zu berücksichtigen ist, wenn auch die Geltendmachung des Anspruchs im Einverständnis mit dem Gegner gegen Treu nud Glauben verstößt. RG. 71, 432; 81, 395; 87, 281 und 134, 65 sprechen von einer Einrede.

[66] So v. Tuhr § 64 II.

[67] Stoll, Vertrag und Unrecht § 41 I 3.

[68] Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, S. 61/62.

[69] Siebert, Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs S. 15; Stoll, Vertrag und Unrecht § 41 I 2.

einer Gesetzesvorschrift oder einer Vertragsbestimmung oder um eine Lückenergänzung aus dem Geist des Gesetzes handelt.

Brenner (Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des RG.) versucht anhand nahezu aller Entscheidungen des RG., in denen dieses seine Entscheidung auf die exceptio doli generalis gestützt hat, nachzuweisen, daß die exceptio doli generalis kein selbständiger Hilfsbegriff ist, sondern daß es sich in all diesen Fällen in Wahrheit um Fälle verdeckter Gesetzesauslegung, verdeckter Rechtsgeschäftsauslegung oder verdeckter Rechtsfindung aus dem Geist des Gesetzes handelt. Den Grund, aus dem das RG. sich bei der Entscheidung dieser Fälle stets auf die exceptio doli generalis gestützt hat, sieht Brenner hauptsächlich in der verfehlten Vorstellung, daß eine im Gegensatz zur geschichtlich gewordenen Rechtsordnung stehende Rechtsordnung allgemeiner und höherer Art mit Hilfe der exceptio doli generalis gegenüber jener zur Geltung gebracht werde. Diese Auffassung der exceptio doli generalis sieht Brenner mit Recht als unrichtig und die wahren Fragstellungen verwirrend an, denn „Treu und Glauben sind kein der Rechtsordnung transcendentes sondern ein der Rechtsordnung immanentes Prinzip".[70]

M. E. ist es aber Brenner nicht gelungen, in allen Fällen, in denen das RG. sich der exceptio doli generalis bedient hat, überzeugend nachzuweisen, daß diese Entscheidungen sich schon auf Grund richtiger Gesetzes- oder Rechtsgeschäftsauslegung bzw. im Weg der Lückenergänzung hätten finden lassen. Die zahlreichen Entscheidungen, die Brenner auf neue Art zu begründen versucht, kritisch durchzugehen, ist hier nicht der Ort. Die den Mißbrauch der Vertretungsmacht betreffenden Entscheidungen des RG. behandelt Brenner nicht.

Aber auch wenn in manchen Fällen die Geltendmachung eines zunächst nach den Gesetzesvorschriften als bestehend anzunehmenden Anspruchs erst auf Grund des § 242 BGB., weil sie gegen Treu und Glauben verstößt, als unzulässig angesehen werden kann, so ist doch dies nicht als Eingreifen einer von außen kommenden Rechtsordnung höherer Art in die im Gesetz niedergelegte geschichtlich gewordene Rechtsordnung zu betrachten.

Die Gedanken, die im römischen Recht im Weg der vom Praetor gewährten exceptio doli generalis von außen an das jus strictum herangebracht wurden, wohnen unserem heutigen Recht als Wesensbestandteile inne, von ihm gilt dasselbe wie von den bonae fidei judiciis des römischen Rechts: bonae fidei judiciis doli exceptio inest. Ein Anspruch, dessen Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt, geht in Wirklichkeit seinem Inhalt nach gar nicht so weit, daß er in diesem Fall geltend ge-

[70] Brenner S. 99.

macht werden könnte. Es besteht in Wirklichkeit hier gar kein Anspruch und nur aus Gründen der Logik spricht man, ebenso wie bei durch arglistiges Verhalten erlangten Ansprüchen, zunächst von einem „Anspruch an sich".

In den Fällen des Mißbrauchs der Vertretungsmacht kann man nun nicht mit den der exceptio doli generalis des römischen Rechts entsprechenden Erwägungen zu einem Schutz des Geschäftsherrn kommen, der über den sich aus den §§ 138, 823 Abs. 2, 826 BGB. ergebenden Schutz hinausgeht. Es handelt sich beim Mißbrauch der Vertretungsmacht nicht um einen Fall, in dem die dem wahren Sinn des Gesetzes entsprechende Entscheidung gedanklich erst auf dem Weg über eine exceptio gegen einen an sich bestehenden Anspruch gefunden werden kann.

Wie unter IV 1 dargestellt, ergibt sich aus der sinngemäßen Auslegung der Bestimmungen über die Vollmacht, daß das Gesetz auf dem strengen Standpunkt steht, daß der Geschäftsherr die Gefahr des Mißbrauchs der Vertretungsmacht auch dann tragen muß, wenn der Dritte den Mißbrauch erkennen mußte und daß der Dritte nicht verpflichtet ist, nachzuprüfen, ob der Vertreter von seiner Vertretungsmacht einen dem Innenverhältnis entsprechenden Gebrauch macht. Dieses Ergebnis mag für den Geschäftsherrn hart sein, wie es für den wahren Grundstückseigentümer hart ist, daß derjenige, der sein Grundstück vom Bucheigentümer erworben hat, sich auf den Inhalt des Grundbuchs berufen kann, auch wenn er seine Unrichtigkeit hätte erkennen müssen (§ 892 BGB.), und wie es für den Gläubiger einer Forderung hart ist, daß der Schuldner sich auf seine Anzeige einer Forderungsabtretung verlassen kann, auch wenn er hätte erkennen müssen, daß sie den Tatsachen nicht entspricht (§ 409 BGB.). Man kann aber nicht sagen, daß der Dritte, der sich bei Geltendmachung seines Anspruchs auf diesen, sich aus dem Gesetz ergebenden Satz stützt, gegen Treu und Glauben oder, wie das RG. in JW. 1935 S. 1012 annimmt, gar gegen die guten Sitten handelt. Man kann nicht unter Berufung auf Treu und Glauben eine klare Entscheidung des Gesetzes, die dem wahren Willen des Gesetzgebers entspricht, umstoßen und derjenige, der unter Berufung auf eine solche klare Entscheidung des Gesetzes einen Anspruch geltend macht, mißbraucht diesen Anspruch nicht in einer Treu und Glauben widersprechenden Weise.

3. Die Heranziehung der culpa in contrahendo beim Mißbrauch der Vertretungsmacht.

Die Parteien sind nicht nur verpflichtet, sich um die Erreichung des gemeinsamen Ziels, das sie sich durch einen Vertrag gesetzt haben, nach Kräften zu bemühen, sondern sie haben auch

schon beim Beginn der Vertragsverhandlungen aufeinander Rücksicht zu nehmen und dürfen auch hier ihre eigenen Interessen nicht rücksichtslos verfolgen. Diese Pflicht ist eine Auswirkung der Treupflicht, die den Parteien gegenseitig obliegt [71], und ihre schuldhafte Verletzung wird als culpa in contrahendo bezeichnet. Diese Pflicht erklärt sich aus einem durch die Tatsache des Eintritts in die Vertragsverhandlungen ohne besondere Willenserklärung zu Stande kommenden vertragsähnlichen Rechtsverhältnis [72], das Erscheinungsform des schon hier bestehenden Schuldverhältnisses als Organismus ist, und nicht aus dem späteren Vertragsschluß oder aus einem Vor- oder Nebenvertrag. Sie ist daher vom Zustandekommen des Vertrags unabhängig. Aus ihr entnimmt Lehmann (JW. 1934 S. 683) die Pflicht des Dritten, bei Verdacht des Mißbrauchs der Vertretungsmacht Nachforschungen anzustellen.

In welchem Maß auf die Interessen des Vertragspartners Rücksicht genommen werden muß, bestimmt sich bei der culpa in contrahendo nach Treu und Glauben. Da sich nun aber aus der sinngemäßen Auslegung der Bestimmungen über die Vollmacht unter Berücksichtigung von Treu und Glauben ergibt, daß der Dritte nicht verpflichtet ist, nachzuprüfen, ob der Vertreter von seiner Vertretungsmacht einen seinem Innenverhältnis zum Geschäftsherrn entsprechenden Gebrauch macht, kann auch in der Unterlassung einer solchen Nachprüfung keine culpa in contrahendo, keine Verletzung einer Treupflicht, erblickt werden. [73] Nur wenn der Dritte trotz Kenntnis des Mißbrauchs der Vertretungsmacht mit dem Vertreter abgeschlossen hat, hat er sich in der Verfolgung seiner Interessen nicht die billigerweise zu erwartende Selbstbeschränkung auferlegt und damit eine Treupflicht gegenüber dem Geschäftsherrn verletzt. Gegen diese Verletzung der Treupflicht ist aber der Geschäftsherr schon durch die §§ 826, 249, 853 BGB. hinreichend geschützt.

C. Mißbrauch der Vertretungsmacht durch Abschluß eines Scheingeschäfts.

Ein besonderer Fall, in dem der Vertreter gegen die Interessen des Geschäftsherrn handelt und somit seine Vertretungsmacht mißbraucht, ist, daß er mit dem Dritten ein Geschäft nur zum Schein abschließt, das dem Geschäftsherrn gegenüber als mangelfrei erscheinen soll. Die Besonderheit dieses Falls ist, daß der Dritte, wenn er vom Geschäftsherrn belangt wird, die

[71] vgl. Stoll, Vertrag und Unrecht § 29 III 2, § 30 I 4, II 2.
[72] So v. Tuhr § 62 V; Stoll LZ. 1923 S. 532 ff., insbes. S. 544.
[73] so auch RG. in JW. 1935, S. 1084 bei der Prokura.

Nichtigkeit des Geschäfts geltend macht, indem er den Einwand des Scheingeschäfts erhebt und sich dabei auf § 166 BGB. beruft, wonach es bei der Stellvertretung darauf ankommt, ob der Vertreter und nicht ob der Geschäftsherr damit einverstanden war, daß die Erklärung des Dritten nur zum Schein abgegeben wurde. Der Geschäftsherr ist hier im Gegensatz zu den bisher behandelten Fällen des Mißbrauchs der Vertretungsmacht an der Gültigkeit des Geschäfts interessiert. Hier genügt es nicht, wenn man dem Geschäftsherrn einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB. gegen den Dritten gibt, da dieser durch sein Verhalten gegen die guten Sitten verstoßen hat.

Das RG. hat sich in Gruch. 53 S. 933 = Warn. 1908 Nr. 601 im Anschluß an eine Entscheidung des OLG. Darmstadt aus der Zeit des gemeinen Rechts (Seuff. A. 38 Nr. 311), nach der es für den Geschäftsherrn gleichgültig ist, was der Vertreter und der Dritte in Nichteinhaltung des Auftrags hinter seinem Rücken ausmachen, dahin entschieden, daß § 166 Abs. 1 BGB. keine Anwendung findet, wenn in bewußtem Zusammenwirken des Vertreters und des Dritten dem Geschäftsherrn die Kenntnis des Willensmangels, hier des vereinbarten Scheincharakters des Geschäfts, verheimlicht wird. Dieser Entscheidung lag folgender Tatbestand zu Grunde: Der Buchhalter einer Firma hatte hinter deren Rücken in der Wohnung eines Dritten ein Lebensmittelgeschäft eröffnet. Zur Verdeckung der Tatsache, daß er Inhaber des Geschäfts war, hat er mit Einverständnis des Dritten seine Warenbestellungen seiner Firma gegenüber als Warenbestellungen des Dritten ausgegeben. Später flüchtete der Buchhalter wegen Veruntreuungen und die Firma verlangte Bezahlung der Waren vom Dritten. Das RG. gab in seiner Entscheidung aber keine Begründung für den von ihm aufgestellten Satz, daß § 166 Abs. 1 BGB. in einem solchen Fall keine Anwendung finden kann.

Nach Örtmann (Scheingeschäft und Kollusion, Recht 1923, S. 74/6) ist diese dem Rechtsgefühl entsprechende Entscheidung des RG. unter zwei Gesichtspunkten zutreffend, deren erster allerdings rein konstruktiv ist. Örtmann weist darauf hin, daß man nach dem BGB. nicht den allgemeinen Grundsatz aufstellen kann, daß der zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Einwand des Scheingeschäfts einem gutgläubigen Dritten, hier dem Geschäftsherrn, nicht entgegengehalten werden kann.[74] Die Besonderheit des vorliegenden Falls ist aber, daß nicht wie sonst beim Scheingeschäft dritte, durch den Geschäftsabschluß zu den Parteien nicht in unmittelbare Beziehung tretende Personen,

[74] Oertmann a. a. O. S. 75.

sondern eine an dem Geschäft „nicht im Sinn des Tatbestands aber im Sinn der Wirkung" beteiligte Person getäuscht werden soll.[75] Der Dritte beruft sich mit der Geltendmachung des Einwands des Scheingeschäfts auf seine eigene Arglist, da er dem Geschäftsherrn als seinem „Geschäftsgegner im Sinn der Wirkung" vorgespiegelt hat, die Wirkung des Geschäfts zu wollen.[76] Dieses Verhalten ist als eine Mentalreservation zu werten und daher ist § 116 Satz 1 BGB. hier entsprechend anwendbar.[77] M. E. verdient der andere Gesichtspunkt, aus dem diese Entscheidung als zutreffend bezeichnet werden kann, den Vorzug, nämlich, daß § 166 BGB. eine Schutzvorschrift für den Dritten ist und nicht angewendet werden kann, wenn dieser selbst mitwirkt, die Unkenntnis des Geschäftsherrn auszunützen, bzw. ihm aus der Kenntnis des Vertreters einen Strick zu drehen.[78]

Somit kann der Einwand des Scheingeschäfts vom Dritten gegenüber dem Geschäftsherrn nicht erhoben werden, wenn der Vertreter und der Dritte in bewußtem Zusammenwirken das Geschäft dem Geschäftsherrn gegenüber als mangelfrei erscheinen lassen wollten und der Geschäftsherr den Willensmangel nicht erkannte. Dieser Satz darf nicht auf den Mißbrauch einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht beschränkt werden, sondern beansprucht auch für den Mißbrauch der gesetzlichen und der auf der Satzung einer juristischen Person beruhenden Vertretungsmacht Geltung.

D. Zusammenfassung.

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen ist somit folgendes:

Ein Mißbrauch der Vertretungsmacht liegt dann vor, wenn der Vertreter auf Grund seiner Vertretungsmacht ein Rechtsgeschäft vornimmt, zu dessen Vornahme er weder nach dem zwischen ihm und dem Geschäftsherrn bestehenden Rechtsverhältnis noch nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag berechtigt ist.

Die Gefahr dieses Mißbrauchs trägt grundsätzlich der Geschäftsherr.

Hat jedoch der Vertreter mit dem Dritten in einverständlichem Zusammenwirken ein Geschäft unter Mißbrauch der Vertretungsmacht in der Absicht abgeschlossen, den Geschäfts-

---

[75] So Oertmann a. a. O. S. 75.
[76] So Oertmann a. a. O. S. 76.
[77] So Oertmann a. a. O. S. 76.
[78] So Oertmann a. a. O. S. 76 und Komm. 3. Aufl. Bem. 4 a zu § 166. Ebenso Macke S. 78/79; Dittmar S. 41; Klas S. 42/44.

herrn zu schädigen, so verstößt dieses Geschäft gegen die guten Sitten und ist nach § 138 BGB. nichtig.

Hat der Dritte mit dem Vertreter ein Geschäft abgeschlossen, obwohl er gewußt hat, daß dieser mit dem Abschluß dieses Geschäfts seine Vertretungsmacht mißbraucht hat, so verstößt diese Handlungsweise des Dritten gegen die guten Sitten. Hat der Dritte durch den Abschluß eines solchen Geschäfts dem Geschäftsherrn vorsätzlich Schaden zugefügt, so kann der Geschäftsherr nach §§ 826, 249 BGB. vom Dritten Befreiung von der ihm aus diesem Geschäft erwachsenen Verbindlichkeit und Ersatz alles weiteren durch den Abschluß dieses Geschäfts ihm entstandenen Schadens verlangen, sowie der Forderung des Dritten aus diesem Geschäft nach § 853 BGB. eine Einrede entgegenhalten. Hat der Vertreter sich durch den Abschluß des Geschäfts mit dem Dritten einer Untreue i. S. des § 266 StGB. schuldig gemacht und hat der Dritte an dieser Untreue teilgenommen, so findet außer § 826 BGB. auch § 823 Abs. 2 BGB. Anwendung, dessen Anwendung jedoch dieselben Rechtsfolgen nach sich zieht, wie die Anwendung des § 826 BGB.[79]

Der Dritte kann gegenüber dem Geschäftsherrn den Einwand des Scheingeschäfts nicht erheben, wenn der Vertreter und der Dritte in einverständlichem Zusammenwirken das Geschäft dem Geschäftsherrn gegenüber als mangelfrei erscheinen lassen wollten und der Geschäftsherr den Willensmangel nicht erkannte.

§ 6.

b) Im Handelsrecht.

I. Das Verhältnis der Bestimmungen des HGB. zu denen des BGB.

Das Handelsrecht enthält auf dem Gebiet der Stellvertretung eine Reihe von Sonderbestimmungen. Während das ADHGB die Stellvertretung als Rechtsinstitut regelte und daneben für eine Reihe von Sonderfällen noch besondere Bestimmungen enthielt, sind die allgemeinen Bestimmungen über die Stellvertretung nun in das BGB. übergegangen und das HGB. enthält nur mehr eine Reihe von Sonderbestimmungen. Durch diese werden die Bestimmungen des BGB. über die Stellvertretung nur insoweit außer Kraft gesetzt, als sie mit den Bestimmungen des HGB. in Widerspruch stehen. Zur Ausfüllung der Lücken, die

---

[79] vgl. zum franz. Recht Egger, Mißbrauch der Vertretungsmacht S. 60 und zum österr. und schweizer. Recht Egger S. 62.

die Sonderregelung des HGB. läßt, sind stets die Bestimmungen des BGB. über die Stellvertretung heranzuziehen.

Die Sonderbestimmungen, die das HGB. im Interesse der Verkehrssicherheit zur Ermöglichung eines raschen und sicheren Geschäftsabschlusses getroffen hat, bestehen hauptsächlich darin, daß entweder die Bestimmung des Umfangs der Vollmacht zwar der Willenserklärung des Geschäftsherrn überlassen bleibt, jedoch eine gesetzliche Vermutung für den Umfang aufgestellt wird (so bei der Handlungsvollmacht) oder der Umfang der Vollmacht gesetzlich bestimmt wird, und zwar teils zwingend (so bei der Prokura, der Vertretung der OHG. und der KG. und außerdem bei der Vertretung der juristischen Personen des Handelsrechts, die jedoch erst unten bei der Vertretung juristischer Personen behandelt werden soll), teils nachgiebig (so beim Korrespondentreeder und beim Schiffer).

II. Die Handlungsvollmacht.

Eine Handlungsvollmacht liegt dann vor, wenn jemand vom Geschäftsherrn ohne Erteilung einer Prokura zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder zur Vornahme einer bestimmten zu einem Handelsgewerbe gehörenden Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Handelsgewerbe gehörender Geschäfte bevollmächtigt ist. Es ist also jede Vollmacht Handlungsvollmacht, die im Zusammenhang mit einem Handelsgewerbe erteilt ist, auch wenn sie sich nur auf die Vornahme einzelner Geschäfte bezieht.[1] Auch der Handelsagent ist Handlungsbevollmächtigter, wenn er Abschlußagent ist.[2]

1. Ihre Entstehung.

Die Vertretungsmacht des Handlungsbevollmächtigten entsteht nach den Bestimmungen des BGB. Besonders häufig ist die Entstehung einer Vertretungsmacht zu Gunsten des Dritten, der auf einen vom Geschäftsherrn veranlaßten Rechtsschein vertraut, in entsprechender Anwendung der §§ 171/72 BGB. Die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung der §§ 171/72 BGB. fand zuerst im Handelsrecht Anerkennung und wurde erst später von hier auf das bürgerliche Recht übertragen. In den §§ 55, 56 HGB. ist für Handlungsreisende und Ladenangestellte ausdrücklich der Satz anerkannt, der im römischen Recht für den magister navis und den institor galt, daß derjenige, der vom

[1] So Cosack, Lehrb. des Handelsrechts mit Einschl. des Seerechts, 12. Aufl. § 85 I; J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 4. Aufl. § 21 I 2 b β, a. A. für das ADHGB. Thöl, das Handelsrecht, 6. Aufl. § 57.

[2] So v. Tuhr § 84 II; Locher, Handels-, Wechsel- und Seerecht § 18, 3.

Geschäftsherrn durch Anstellung nach außen hin eine Stellung bekommen hat, die auf die Erteilung einer Vollmacht schließen läßt, gutgläubigen Dritten gegenüber die Vertretungsmacht zum Abschluß der Geschäfte hat, die diese Stellung gewöhnlich mit sich bringt. Der Gedanke des Vertrauensschutzes gegenüber veranlaßtem Rechtsschein beansprucht aber im Handelsrecht noch in weiterem, über diese Bestimmungen hinausgehenden Umfang Geltung, so vor allem bei Duldung eines wiederholten Auftretens als Bevollmächtigter durch den Geschäftsherrn.[3] Hat der Geschäftsherr in seinem Geschäft einen Fernsprecher, so ist ebenfalls aus diesem Gesichtspunkt jeder Angestellte als bevollmächtigt anzusehen, durch diesen Fernsprecher Erklärungen entgegenzunehmen.[4] Es handelt sich in all diesen Fällen nicht um stillschweigende Bevollmächtigung durch schlüssige Willenserklärung sondern um Vertrauensschutz gegenüber veranlaßtem Rechtsschein. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieses Vertrauensschutzes sind die in § 3 II geschilderten.

2. Ihr Umfang.

Die Bestimmung des Umfangs bleibt auch bei der Handlungsvollmacht dem Willen des Geschäftsherrn überlassen. Das Gesetz stellt jedoch in § 54 Abs. 1 HGB. Vermutungen für den Umfang der Vollmacht auf. Beschränkungen der Handlungsvollmacht gegenüber diesem gesetzlich vermuteten Umfang, seien es anfängliche oder nachträgliche Beschränkungen, muß der Dritte nur gegen sich gelten lassen, wenn er sie kennt oder kennen muß (§ 54 Abs. 3 HGB.). Eine Nachforschungspflicht bezüglich des Umfangs trifft ihn aber nur, wenn bestimmte Verdachtsgründe vorliegen, die auf Beschränkungen des Vollmachtsumfangs hinweisen.[5] Handelt es sich aber bei einer Einschränkung nicht um eine echte Beschränkung der Vollmacht, sondern nur um eine den Vertreter im Innenverhältnis verpflichtende Anweisung, so hat diese auf den Umfang der Vollmacht und auf das Außenverhältnis zum Dritten keine Wirkung.[6]

Die Vermutungen des § 54 Abs. 1 HGB. für den Umfang der Handlungsvollmacht gelten auch bei einer Innenvollmacht. Auch

---

[3] So Staub-Bondi, 14. Aufl. Bem. 7 zu § 54; Düringer-Hachenburg, 3. Abfl. Bem. 47 vor §§ 48 ff.; Heymann, in: Die RGPrax. in D. Rechtsleben Bd. 4 S. 327/28; Jacobi JW. 1925 S. 2449; ROHG. 10 Nr. 26 und 22 Nr. 87; RG. 50, 75; 65, 292; 100, 48; 117, 164; OLG. 30, 390.

[4] So Staub-Bondi, 14. Aufl. Bem. 13 zu § 54; Cosack, 12. Aufl. Bem. 85 VI 1 b γ; Wellspacher S. 104/5; einschränkend v. Seeler S. 49; dagegen Manigk, Stillschweigend bewirkte Vollmacht im Handelsrecht S. 650.

[5] So Thöl § 65 I.

[6] So Titze in Ehrenbergs Handb. Bd. II § 144, 1 a.

hier muß der Dritte Beschränkungen nur gegen sich gelten lassen, wenn er sie kennt oder kennen muß.[7] Dies ist ein Hauptunterschied der Handlungsvollmacht gegenüber der bürgerlichrechtlichen Vollmacht. Diese Erleichterung für den Dritten gilt aber nur hinsichtlich des Umfangs, nicht auch hinsichtlich der Entstehung der Innenvollmacht. Auch bei der Vertretungsmacht gem. §§ 55, 56 HGB. und auf Grund entsprechender Anwendung der §§ 171, 172 BGB. sind Vollmachtsbeschränkungen gegenüber Dritten nur nach § 54 Abs. 3 HGB. wirksam.[8]

3. Ihr Mißbrauch.

Bei der Handlungsvollmacht ist somit durch die Aufstellung von Vermutungen für den Vollmachtsumfang im Interesse des Verkehrs den Interessen des Dritten in weiterem Umfang Rechnung getragen als bei der bürgerlichrechtlichen Vollmacht. An den Mißbrauch der Vollmacht hier andere Rechtsfolgen anzuknüpfen als bei der bürgerlichrechtlichen Vollmacht, besteht jedoch kein Anlaß.

III. Die Prokura.

Die Prokura ist eine unbeschränkbare, starre Vollmacht mit streng formalem Charakter. Bei ihr ist auf die Interessen des Verkehrs und damit des Dritten in besonders weitgehendem Maß Rücksicht genommen. Der Geschäftsherr muß bei dieser Art der Vollmacht eine sehr große Gefahr auf sich nehmen, es wird ihm, der nicht überall sein kann und nicht alle Geschäfte, die der Betrieb seines Handelsgewerbes mit sich bringt, selbst vornehmen kann, aber dafür durch diese Art der Vollmacht ermöglicht, die Konjunktur voll auszunützen.

1. Ihre Entstehung.

Die Erteilung der Prokura muß durch ausdrückliche Erklärung erfolgen (§ 48 Abs. 1 HGB.). Sie kann sowohl durch Willenserklärung gegenüber dem Bevollmächtigten, wie durch öffentlich abgegebene Willenserklärung, wie durch öffentliche Kundgebung erteilt werden. Sie kann dagegen nicht durch Erklärung gegenüber einem bestimmten Dritten oder durch Mitteilung an einen bestimmten Dritten entstehen, denn eine Prokura, die nur gegenüber einer bestimmten Person besteht, gibt es nicht und nach §§ 167, 171 BGB. kann durch Vollmachtserteilung gegenüber einer bestimmten Person bzw. durch Mitteilung an eine bestimmte Person nur dieser gegenüber Ver-

[7] So Staub-Bondi, 14. Aufl. Bem. 11 zu § 54; Cosack, 12. Aufl. § 85 IV 2. a. A. Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Bem. 10 zu § 54; Titze § 144, 2 b.

[8] So Locher § 16, 8.

tretungsmacht entstehen.[9] Weiter kann die Prokura nicht in sinngemäßer Anwendung der §§ 171/72 BGB. entstehen, da die Erklärung, durch die sie entsteht, eine ausdrückliche sein muß.

Die Erteilung der Prokura ist vom Geschäftsherrn zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Die Eintragung ist aber nicht rechtsbegründend. Der gute Glaube an die Richtigkeit der Eintragung ist an sich nicht geschützt, jedoch liegt in der Eintragung und Bekanntmachung eine Kundgebung i. S. des § 171 BGB.

Aus der Registerpflichtigkeit und aus der Unbeschränkbarkeit der Prokura, muß man den Schluß ziehen, daß sie auch in ihrer Entstehung vom Grundverhältnis unabhängig ist.[10] Selbst dann, wenn sie gleichzeitig mit der Begründung des Grundverhältnisses erteilt wurde und wenn das Grundverhältnis ungültig ist, findet § 139 BGB. keine Anwendung, da bei der Prokura das Verkehrsinteresse stets den Vorzug vor dem Erhaltungsinteresse verdient.

2. Ihr Umfang.

Der Umfang der Prokura ist in § 49 HGB. gesetzlich bestimmt. Sie ermächtigt zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 Abs. 1 HGB.). Zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken ist eine besondere Ermächtigung erforderlich (§ 49 Abs. 2 HGB.).

Beschränkungen der Prokura sind Dritten gegenüber unwirksam (§ 50 Abs. 1 HGB.). Sie gelten Dritten gegenüber als nicht vorhanden und können nur im Innenverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Prokuristen Wirkung haben. Dies gilt selbst dann, wenn die Prokura gegenüber dem Prokuristen erteilt ist. Während nach schweizerischem Recht Beschränkungen nur gutgläubigen Dritten gegenüber keine Wirkung haben,[11] wirken sie nach deutschem und österr.[12] Recht — in Oesterreich gilt das ADHGB. heute noch — selbst bei Kenntnis des Dritten diesem gegenüber nicht.[13] Während nach dem Preuß. Entwurf

---

[9] So Gierke, 4. Aufl. § 20 II 2; Titze § 141, 2; a. A. Staub-Bondi, 14. Aufl. Bem. 8 zu § 48 und für das ADHGB. Hahn, Kommentar zum ADHGB. Art. 41 § 3.

[10] So Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2. Aufl. Kap. 26 B III; Titze § 141 3; Locher § 16, 2 und 3.

[11] OR. Art. 459, 460 Abs. 2 und Oser, Komm. z. Schw. ZGB. 1. Aufl Bd. V Bem. 4 b zu Art. 459.

[12] HGB. Art. 43 Abs. 1.

[13] So Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Bem. 1 zu § 50; Cosack, 12. Aufl. § 56 III 2 a; Titze § 140, 2 und für das ADHGB. Töhl § 56, 2 und Keyssner in Buschs Arch. Bd. 11 S. 73.

Beschränkungen möglich und dem Dritten gegenüber wirksam sein sollten, wenn sie ihm bekannt oder ins Handelsregister eingetragen waren[14], sprach sich in erster Lesung die Nürnberger Konferenz dahin aus, daß der gesetzliche Umfang der Prokura mit rechtlicher Wirkung gegen Dritte nicht beschränkt werden könne, „und zwar in dem Sinne, daß dadurch Beschränkungen von Prokuren in Erklärungen an Dritte und in Einträgen in die Handelsregister für unstatthaft bezeichnet und daß da, wo sie gleichwohl vorgenommen würden, die Beschränkungen für nicht beigesetzt erachtet werden sollten, ohne daß dadurch auch Beschränkungen mit alleiniger Wirkung auf das Verhältnis des Prokurainhabers zum Prinzipal abgeschnitten wären“[15] und gab dem Art. 43 Abs. 1 ADHGB. die Fassung des heutigen § 50 HGB. Im Hinblick auf diese Aeußerung in den Protokollen ist Siebert's Ansicht[16] unhaltbar, wonach auch bei der unbeschränkbaren rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht die Vertretungsmacht in ihrem Umfang durch die Pflichtstellung des Vertreters inhaltlich gestaltet wird und nur das Vertrauen des redlichen Dritten schutzwürdig ist, hier allerdings im Gegensatz zur beschränkbaren Vertretungsmacht schon dann schutzwürdig ist, wenn der Dritte die Pflichtverletzung des Vertreters weder kannte noch infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Die Protokolle ergeben hier zweifelsfrei, daß der Gesetzgeber im Interesse der Verkehrssicherheit die Vertretungsmacht des Prokuristen von seiner Pflichtstellung im Innenverhältnis loslösen wollte.

3. Ihr Mißbrauch.

Da die Prokura in ihrem Umfang starr und vom Grundverhältnis völlig unabhängig ist, ist die Gefahr, daß der Prokurist die ihm auf Grund der Prokura zustehende Vertretungsmacht mißbraucht, besonders groß.

Dem Prinzipal eine exceptio doli generalis zur Verfügung zu stellen, wenn der Dritte den Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Prokuristen erkennen mußte, oder in analoger Anwendung der §§ 169, 173 BGB. anzunehmen, daß in diesem Fall das Geschäft, das der Prokurist mit dem Dritten abschließt, durch die Vertretungsmacht des Prokuristen nicht gedeckt wird,[17] ist verfehlt. Diese Versuche, dem Geschäftsherrn die Gefahr, die er tragen muß, abzunehmen, sind m. E. schon für die Vertretungsmacht des bürgerlichen Rechts abzulehnen. Hier

[14] Hahn Art. 43 § 1.
[15] Prot. der Komm. z. Beratg. eines ADHGB S. 86.
[16] ZStW. 95 S. 646, 652.
[17] So Kipp S. 286; Hammel JW. 1933 S. 2876/77; Dittmar S. 40.

bei der Prokura steht ihnen das weitere Bedenken entgegen, daß damit die vom Gesetzgeber ausdrücklich im Interesse der Sicherheit des Verkehrs bestimmte Unbeschränkbarkeit der Prokura praktisch aufgehoben würde für die Fälle, in denen der Dritte nicht gutgläubig ist, denn ein Handeln des Vertreters entgegen einer dem Dritten gegenüber unwirksamen, dem Prokuristen gegenüber aber wirksamen Beschränkung stellt, sofern es nicht unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag gerechtfertigt ist, einen Mißbrauch der Prokura dar. Aus der oben angeführten Stelle der Protokolle der Kommission zur Beratung eines ADHGB. ergibt sich aber mit Deutlichkeit, daß Beschränkungen der Prokura Dritten gegenüber unstatthaft sind und Dritten gegenüber selbst bei Kenntnis keine Wirkung haben sollen. Einer entsprechenden Anwendung der §§ 169, 173 BGB. auf die Prokura steht also nicht, wie Kipp meint, kein Bedenken entgegen, sondern sie widerspricht dem klaren Sinn des Gesetzes. Nach Müller-Erzbach [18] kann der Prinzipal gegen den Dritten einen Einwand der Arglist erheben, wenn der Dritte den objektiven Mißbrauch kennen mußte, weil die Prokura wie jede andere Vollmacht durch ihren Zweck, „den geschützten Interessen des Unternehmers zu dienen" begrenzt sei. Hier ist aber nach dem Willen des Gesetzgebers nicht das Interesse des Prinzipals an der Einhaltung des Grundverhältnisses sondern das Interesse des Dritten, auf die Prokura vertrauen zu dürfen, so weitgehend geschützt, daß eine solche Einschränkung ausgeschlossen ist.

Jedoch ist auch bei der Prokura das zwischen dem Prokuristen und dem Dritten abgeschlossene Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB. nichtig, wenn es gegen die guten Sitten verstößt, also wenn der Dritte den Prokuristen durch das Geben von Schmiergeldern veranlaßt hat, einen unbilligen Vertrag abzuschließen oder wenn der Prokurist und der Dritte sonst in einverständlichem Zusammenwirken ein Geschäft unter Mißbrauch der Vertretungsmacht abgeschlossen haben in der Absicht, den Geschäftsherrn zu schädigen.

Weiter kann der Prinzipal vom Dritten nach §§ 826, 249 BGB. Befreiung von der aus dem Rechtsgeschäft mit dem Dritten für ihn entstandenen Verbindlichkeit verlangen bzw. aus diesem Rechtsgeschäft in Anspruch genommen die Einrede der Arglist nach § 853 BGB. erheben, wenn der Dritte in sittenwidriger Schädigungsabsicht gehandelt hat. [19] Darüber, wann dies der Fall ist, gehen die Meinungen auseinander. Zur Zeit der Geltung

---

[18] Deutsches Handelsrecht, 3. Aufl. Kap. 26 B VI.

[19] So Gierke, 4. Aufl. § 20 III 2; Müller-Erzbach, 2. Aufl. Kap. 26 B III; Locher § 16, 3.

des ADHGB. gaben Busch[20] und Lincke[21] dem Prinzipal eine exceptio doli gegen den Dritten, wenn dieser die Beschränkung kannte und aus ihrer Außerachtlassung Nutzen für sich ziehen wollte. Dies geht zu weit und widerspricht wieder dem Sinn des Gesetzes, nach dem Beschränkungen der Prokura Dritten gegenüber selbst bei Kenntnis unwirksam sein sollen. Auch kann der Prokurist mit der dem Dritten Nutzen bringenden Ueberschreitung der Beschränkung das Beste des Prinzipals im Auge haben und auch tatsächlich dessen Interessen wahrnehmen. Daher gab schon zur Zeit der Geltung des ADHGB. die herrschende Lehre, der sich die Rechtsprechung[22] anschloß, dem Prinzipal eine exceptio doli nur unter der Voraussetzung, daß der Prokurist die Vollmacht in der Absicht, den Prinzipal zu schädigen und sich oder einem andern einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, mißbraucht und der Dritte den Mißbrauch und diese Absicht des Prokuristen erkannt hat. Auch für das geltende Recht ist es herrschende Lehre, daß nur unter diesen Voraussetzungen eine sittenwidrige Schädigungsabsicht des Dritten i. S. des § 826 BGB. angenommen werden kann.[23] Teilweise wird sogar einverständliches Zusammenwirken des Prokuristen mit dem Dritten verlangt.[24] Diese Auffassung ist m. E. zu eng. Eine sittenwidrige Schädigungsabsicht des Dritten muß schon dann angenommen werden, wenn er den Mißbrauch der Prokura durch den Prokuristen erkannt und dem Prinzipal vorsätzlich Schaden zugefügt hat. Es muß genügen, daß er weiß, daß das Geschäft, das unter Mißbrauch der Prokura zu Stande kommt, den Geschäftsherrn schädigt. Diese Einschränkung der Unwirksamkeit von Beschränkungen der Prokura widerspricht nicht dem Sinn des Gesetzes, nach dem grundsätzlich auch bei Kenntnis des Dritten eine Beschränkung ihm gegenüber unwirksam ist, denn nicht jedes unter Außerachtlassung einer Beschränkung abgeschlossene Geschäft bringt dem Prinzipal Schaden. Darauf, ob auch der Prokurist den Prinzipal schädigen wollte oder nicht und ob der Dritte dies erkannt hat, darf es nicht ankommen. Das Handeln des Dritten muß sittenwidrig sein und er handelt, wenn er in Kenntnis des Mißbrauchs der Vertretungsmacht ein den Prinzipal schädigendes Geschäft ab-

---

[20] Busch's Arch. Bd. 1 S. 53/54.

[21] Busch's Arch. Bd. 7 S. 90.

[22] Vgl. ROHG. 19 Nr. 98; RG. 9, 148 und RG. bei Bolze 4 Nr. 442 und 447.

[23] So Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 7 zu § 167; Staub-Bondi, 14. Aufl. Bem. 2 zu § 50; Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Bem. 1 zu § 50; Cosack, 7. Aufl. § 12 VI 4a; Titze § 140, 2; Macke S. 45 und RG. bei Warn. 1909 Nr. 189 = Recht 1909 Nr. 422.

[24] so RG. in JW. 1935 S. 1084.

schließt, genau so sittenwidrig, wenn der Prokurist das Schädliche des Geschäfts für den Prinzipal infolge mangelnder Einsicht nicht erkannte, wie wenn der Prokurist den Prinzipal ebenfalls schädigen wollte. Dagegen handelt der Dritte nicht sittenwidrig, wenn er zwar wußte, daß der Prokurist einer Beschränkung zuwiderhandelt, aber der Meinung war, der Prokurist nehme dennoch die Interessen des Prinzipals wahr.

Hat der Prokurist sich durch den Abschluß des Geschäfts mit dem Dritten einer Untreue i. S. des § 266 StGB. schuldig gemacht, und hat der Dritte an dieser Untreue teilgenommen, so findet außer § 826 BGB. auch § 823 Abs. 2 BGB. Anwendung.

Es gilt also auch hier für den Mißbrauch der Vertretungsmacht dasselbe wie für den Mißbrauch der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht im bürgerlichen Recht.

IV. Die Vertretungsmacht der Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft.

1. Ihr Umfang.

Die Vertretungsmacht der Gesellschafter der OHG. und der persönlich haftenden Gesellschafter der KG. — diese sind allein zur Vertretung der KG. berechtigt — erstreckt sich auf alle gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäfte und Rechtshandlungen einschl. der Veräußerung und Belastung von Grundstücken sowie der Erteilung und des Widerrufs einer Prokura (§§ 126 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB.). Das vom vertretungsberechtigten Gesellschafter vorgenommene Geschäft muß nicht, wie es das Schweiz. Obligationenrecht Art. 561 Abs. 1 verlangt, dem Zweck der Gesellschaft entsprechen, es muß lediglich seiner rechtlichen Natur nach für eine OHG. oder KG. vorgenommen werden können.[25] Während nach schweizerischem Recht auch hier eine Beschränkung der Vertretungsmacht möglich und nur gutgläubigen Dritten, d. h. solchen, die sie nicht kennen, gegenüber unwirksam ist,[26] ist nach dem in Deutschland und Oesterreich geltenden Recht die Beschränkung auch denjenigen Dritten gegenüber unwirksam, denen sie bekannt ist. Nachdem man in der Kommission zur Beratung eines ADHGB. noch in erster Lesung den § 114 Ziff. 2 des Preuß. Entwurfs beibehalten hatte, wonach die Gesellschaft durch das von einem Gesellschafter vorgenommene Rechtsgeschäft nicht verpflichtet werden sollte,

---

[25] So Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Bem. 1 zu § 126.

[26] OR. Art. 561 Abs. 2; Fick-Zeller-Rahn, Das Schweiz. Obligat.-Recht, 4. Aufl. Bem. 3 zu Art. 560 und Bem. 4 zu Art. 561.

wenn „dem Beteiligten bekannt ist, daß der Gesellschafter dem berechtigten Widerspruch eines anderen Gesellschafters oder einem zuständigen Beschluß der Gesellschaft zuwiderhandelt", wurde diese Bestimmung in zweiter Lesung gestrichen.[27]

2. Ihr Mißbrauch.

Da diese Vertretungsmacht genau so starr ist wie die Prokura, muß für ihren Mißbrauch das Gleiche gelten, wie bei der Prokura. Dafür, daß schon bei Kenntnis des Dritten vom Mißbrauch der Vertretungsmacht der Gesellschaft eine exceptio doli zustehen sollte, sprach sich z. Zt. des ADHGB. besonders Kräwel[28] aus. Demgegenüber wurde es auch hier herrschende Lehre, daß der Gesellschaft eine Einrede der Arglist nur dann zusteht, wenn der Gesellschafter seine Vertretungsmacht in der Absicht, die Gesellschaft zu schädigen und sich oder einem andern einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, mißbraucht und der Dritte den Mißbrauch und diese Absicht des Gesellschafters erkannt hat.[29] Auch hier genügt es aber m. E. zur Anwendung des § 826 BGB., wenn der Dritte den objektiven Mißbrauch der Vertretungsmacht erkannt und gewußt und gewollt hat, daß die Gesellschaft durch das abgeschlossene Geschäft geschädigt wird.

V. Die Vertretungsmacht der Liquidatoren der OHG. und der KG.

Befindet sich die Gesellschaft in Liquidation, so ist die Vertretungsmacht der Liquidatoren in ihrem Umfang durch die Zwecke der Liquidation beschränkt (149, 161 Abs. 2 HGB.). Da es aber dem Dritten selbst bei Anwendung größter Sorgfalt nicht immer möglich sein wird, zu erkennen, ob das Geschäft, das die Liquidatoren mit ihm abschließen, dem Liquidationszweck dient, muß im Interesse des Verkehrs angenommen werden, daß den Liquidatoren auch dann Vertretungsmacht zusteht, wenn der Dritte nach den Umständen und bei Anwendung der im Verkehr

---

[27] Vgl. Kräwel in Busch's Arch. Bd. 4 S. 28.

[28] S. 28 ff.

[29] So für das ADHGB. Hahn Art. 116 § 7; Thöl § 96 I; ROHG. 1 Nr. 103; 9 Nr. 117 und 13 Nr. 7; RG. bei Bolze 4 Nr. 544, 6 Nr. 634 und 13 Nr. 496, wogegen RG. bei Bolze 21 Nr. 552 zu Unrecht beim Dritten nur Wissenmüssen vom Mißbrauch der Vertretungsmacht und von der Absicht des Dritten verlangt; für das geltende Recht: Staub-Pinner, 14. Aufl. Bem. 15 zu § 126; Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Bem. 9 zu § 126; RG. 57, 388; 58, 356 = JW. 1904, 483; RG. in DJZ. 1903, 369; RG. im Recht 1914 Nr. 1328. a. M. Müller-Erzbach, 3. Aufl. Kap. 40 I 3 entsprechend seiner bei der Prokura geäußerten Ansicht.

erforderlichen Sorgfalt, die hier dem Dritten eine gründliche Prüfung auferlegt, — was er beweisen muß — annehmen durfte, das Geschäft liege im Rahmen des Liquidationszwecks.[30]

Auch hier ist die Vertretungsmacht eine gegenüber Dritten unbeschränkbare (§ 151 HGB.). Beschränkungen wirken Dritten gegenüber hier selbst bei Kenntnis nicht, denn schon in der ersten Lesung der Kommission eines ADHGB. wurde dem Art. 138 ADHGB. (§ 151 HGB.) eine mit Art. 43 ADHGB. (§ 50 HGB.) übereinstimmende Fassung gegeben.

Die Frage des Mißbrauchs der Vertretungsmacht spielt bei der Vertretungsmacht der Liquidatoren eine geringe Rolle, denn die unter Mißbrauch der Vertretungsmacht abgeschlossenen Geschäfte widersprechen meist dem Liquidationszweck und werden daher von der Vertretungsmacht nicht gedeckt. Soweit ein Mißbrauch denkbar ist, sind seine Rechtsfolgen dieselben wie die des Mißbrauchs der Prokura und der Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter der OHG. und der KG.

VI. Die Vertretungsmacht des Korrespondentreeders und des Schiffers.

Der Korrespondentreeder ist befugt, alle Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Geschäftsbetrieb einer Reederei gewöhnlich mit sich bringt (§ 493 HGB.). Seine Vertretungsmacht ist ebenso wie die Vertretungsmacht des Schiffers, deren Umfang im Binnenschiffahrtsrecht durch §§ 15–19 Binnenschiff.Ges. und im Seeschiffahrtsrecht durch §§ 526/30 HGB. gesetzlich bestimmt ist, beschränkbar. Jedoch wirken die Beschränkungen Dritten gegenüber nur, wenn sie ihnen beim Abschluß des Geschäfts nachweislich bekannt waren (§§ 495, 531 HGB.).[31] Grobfahrlässige[32] oder gar jede fahrlässige Unkenntnis des Dritten der Kenntnis gleichzustellen, widerspricht dem klaren Wortlaut der §§ 495, 531 HGB.

Für den Mißbrauch der Vertretungsmacht kann auch hier nichts anderes gelten als im bürgerlichen Recht. Einem Schutz des Geschäftsherrn in den Fällen, in denen der Dritte den Mißbrauch der Vertretungsmacht hätte erkennen müssen, steht hier außer den bei der Vertretungsmacht des bürgerlichen Rechts angeführten Bedenken das weitere Bedenken entgegen, daß damit die ausdrückliche Gesetzesbestimmung, nach der Beschränkun-

[30] So Staub-Pinner, 14. Aufl. Bem. 19 zu § 149; Düringer-Hachenburg, 3. Aufl. Bem. 22/4 zu § 149; Cosack, 12. Aufl. § 22 I 2 a α; Gierke 4. Aufl. § 33 II 5 b β; Müller-Erzbach, 2. Aufl. Kap. 45 B II; Locher § 24, 4.

[31] So Cosack, 7. Aufl. § 201 IV 1 a β und 12. Aufl. § 181 I 5 b; Müller-Erzbach, 2. Aufl. Kap. 219 A VI und 221 IX.

[32] Vgl. Mittelstein in Ehrenbergs Handb. Bd. VII 2 § 21, 1.

gen der Vertretungsmacht Dritten gegenüber nur wirksam sind, wenn sie ihnen bekannt sind, umgangen würde und daß man zwar nicht auf dem Weg über eine Dritten gegenüber wirksame Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht sondern auf dem Weg über einen Dritten erkennbaren Mißbrauch der Vertretungsmacht dazu käme, daß der Dritte auch Beschränkungen, die ihm nicht bekannt aber erkennbar waren, gegen sich gelten lassen müßte.

§ 7.

II. Die gesetzliche Vertretung.

I. Der Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht.

Er ist gesetzlich festgelegt und grundsätzlich vom Willen des Vertretenen unabhängig.

1. Des Vaters, der Mutter und ihres Beistands.

Am weitesten geht die gesetzliche Vertretungsmacht des Vaters. Er hat das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen (§ 1627 BGB.) und hat zu diesem Zweck eine grundsätzlich unbeschränkte Vertretungsmacht (§ 1630 Abs. 1 BGB.). Da seine Vertretungsmacht Ausfluß der Sorge für die Person und das Vermögen des Kinds ist, steht sie dem Vater in den Fällen nicht zu, in denen seine Fürsorge für Person und Vermögen des Kinds ausgeschlossen ist. Schenkungen kann der Vater nicht in Vertretung des Kindes machen (§ 1641 BGB.) und zu einer Reihe von Rechtsgeschäften bedarf er der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Weiter steht ihm die Vertretungsmacht nicht zu im Fall des § 181 BGB. und in einigen weiteren Fällen der Interessengefährdung des Kinds (vgl. §§ 1630 Abs. 2 Satz 1, 1795 BGB.); gemäß §§ 1630 Abs. 2 Satz 2, 1796 BGB. kann sie ihm auch vom Vormundschaftsgericht entzogen werden, wenn das Interesse des Kinds zum Interesse des Vaters oder eines von diesem vertretenen Dritten in erheblichem Gegensatz steht.

Im übrigen ist die Vertretungsmacht des Vaters unbeschränkbar. Sie ist auch nicht begrenzt durch die im Innenverhältnis dem Kind gegenüber nach § 1630 BGB. bestehende Sorgfaltspflicht des Vaters. Auch hier bei der gesetzlichen Vertretung kann der Ansicht Sieberts,[1] wonach die Vertretungsmacht durch die Pflichtstellung des Vertreters inhaltlich gestaltet wird und

[1] ZStW. 95 S. 639, 641.

nur das Vertrauen des redlichen Dritten geschützt wird, der die Pflichtverletzung des Vertreters weder kannte noch infolge Fahrlässigkeit nicht kannte, nicht beigetreten werden, da das Gesetz im Interesse der Verkehrssicherheit die Vertretungsmacht von der Pflichtstellung des Vertreters im Innenverhältnis losgelöst hat.

Die Mutter ist Vertreterin des Kinds nur, wenn ihr die elterliche Gewalt zusteht (vgl. §§ 1634, 1684/85 BGB.). Für ihre Vertretungsmacht gilt dann grundsätzlich dasselbe wie für die Vertretungsmacht des Vaters (§ 1686 BGB.). Es muß ihr jedoch in den Fällen des § 1687 BGB. ein Beistand bestellt werden, dessen Genehmigung sie zu einer Reihe von Rechtsgeschäften bedarf (§ 1690 BGB.) und dem auf Antrag der Mutter die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise übertragen werden kann. Im letzteren Falle hat der Beistand Rechte und Pflichten eines Pflegers (§ 1693 BGB.), ist also in Ansehung der ihm übertragenen Vermögensverwaltung gesetzlicher Vertreter des Kindes. Wer mit der Mutter in rechtsgeschäftlichen Verkehr tritt, muß sich vergewissern, ob ein Beistand bestellt ist.

2. Des Vormunds und des Pflegers.

Auch der Vormund hat das Recht und die Pflicht für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, und hat zu diesem Zweck eine grundsätzlich unbeschränkte Vertretungsmacht (§ 1793 BGB.). Jedoch ist seine Vertretungsmacht in weiterem Umfang eingeschränkt als die des Vaters. Sie ist nicht nur denselben Beschränkungen unterworfen wie die des Vaters (vgl. §§ 1794, 1804, 181, 1795/96 BGB.), sondern sie ist auch noch dadurch beschränkt, daß der Vormund zu einer Reihe von Geschäften der Genehmigung des Gegenvormunds (vgl. §§ 1812/13 BGB.) und zu einer großen Anzahl von Geschäften der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (vgl. §§ 1821/22, 1829/31 BGB.) bedarf. Auch die Vertretungsmacht des Vormunds ist nicht durch die im Innenverhältnis zum Mündel bestehende Sorgfaltspflicht beschränkt. Der gute Glaube des Dritten an die Vertretungsmacht des als Vormund Auftretenden wird nicht geschützt. Die Bestallung, die der Vormund nach § 1791 BGB. als gerichtliches Zeugnis über seine Bestellung zum Vormund erhält, berechtigt den Dritten nicht, auf Rechtsbeständigkeit und Fortdauer seines Amts als Vormund zu vertrauen.[2]

Was für den Vormund gilt, gilt auch für den Pfleger, worunter nicht nur der Pfleger gemäß §§ 1909/13 BGB. sondern auch

[2] So Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. Bem. 2 zu § 1791 und Planck-Unzner, 3. Aufl. Bem. 1 zu § 1791.

der Nachlaßpfleger und der Nachlaßverwalter als gesetzlicher Vertreter des Erben in Beziehung auf den Nachlaß zu verstehen ist.[3]

3. Der Ehefrau als Inhaberin der Schlüsselgewalt.

Die Schlüsselgewalt ist das Recht der Frau, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten (§ 1357 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Die Vertretungsmacht der Frau ist ebenso wie ihr Geschäftsführungsrecht eine gesetzliche Folge der Ehe. Ihr Umfang bestimmt sich nach dem Verhalten des Manns, und zwar nach dem äußeren Zuschnitt seiner Lebensführung. Die der Frau kraft ihrer Schlüsselgewalt zustehende Vertretungsmacht ist in Wahrheit ein Anwendungsfall des Grundsatzes, daß derjenige, der nach außen hin eine Stellung eingeräumt bekommt, die in der Regel von einer Vollmacht begleitet ist, als zur Vornahme derjenigen Rechtsgeschäfte bevollmächtigt gilt, die diese Stellung gewöhnlich mit sich bringt. Sie ist daher, sofern sich aus § 1357 BGB. nichts anderes ergibt, entsprechend der auf §§ 171/72 BGB. beruhenden Vertretungsmacht zu behandeln und ihr Umfang bestimmt sich somit nach den Dritten erkennbaren Umständen. Nach § 1357 Abs. 2 Satz 1 kann der Mann das Recht der Frau, ihn zu vertreten, beschränken oder ausschließen, und zwar durch formlose einseitige Erklärung, die gegenüber der Frau oder durch öffentliche Kundgebung erfolgen kann. Nach § 1357 Abs. 2 Satz 2 BGB. in Verb. mit § 1435 BGB. wirkt eine solche Beschränkung oder Ausschließung Dritten gegenüber aber nur, wenn sie ins Güterrechtsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt ist. Es gilt also hier nicht § 173 BGB.

4. Des Ehemanns nach §§ 1374ff. BGB.

Der Ehemann kann beim gesetzlichen Güterstand die Frau grundsätzlich nur mit ihrer Zustimmung vertreten (§ 1375 BGB.). Diese Zustimmung kann in den Fällen des § 1379 BGB. durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Bei den in § 1376 BGB. erwähnten Verfügungen kann der Mann die Frau auch ohne ihre Zustimmung vertreten. Er soll zwar diese Verfügungen nur zum Zweck ordnungsmäßiger Verwaltung vornehmen (§ 1377 Abs. 1 BGB.). § 1377 Abs. 1 BGB. begründet aber nur eine Verpflichtung des Ehemanns im Innenverhältnis zur Ehe-

[3] So Kipp ‚Erbrecht, 8. Bearb. § 59 II und § 78 VII 1.

frau, er enthält keine Beschränkung der Vertretungsmacht des Ehemanns.[4]

5. Des Testamentsvollstreckers.

Die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers umfaßt ganz allgemein Verfügungen über den Nachlaß (§ 2205 Abs. 1 Satz 2 BGB.) mit Ausnahme unentgeltlicher Verfügungen (§ 2205 Abs. 1 Satz 3 BGB.). Unentgeltlich im Sinn des § 2205 Abs. 1 Satz 3 ist eine Verfügung dann, wenn der Testamentsvollstrecker hätte erkennen müssen, daß kein angemessenes Entgelt in den Nachlaß fließt.[5] Im übrigen deckt die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers auch Verfügungen, die nicht im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses liegen, zu der der Testamentsvollstrecker im Innenverhältnis dem Erben gegenüber verpflichtet ist.[6]

Die Eingehung von Verbindlichkeiten wird durch die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers nur insoweit gedeckt, als sie zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist (§ 2206 Abs. 1 Satz 1). Hier deckt sich die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers mit seiner Befugnis im Innenverhältnis. Nach der Meinung der Zweiten Kommission[7] gilt aber die Eingehung einer Verbindlichkeit zu Gunsten des Dritten als zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich, wenn der Dritte bei der Eingehung, ohne fahrlässig zu handeln, annehmen durfte, die Eingehung der Verbindlichkeit diene der ordnungsmäßigen Verwaltung. Diese Auffassung des Gesetzgebers wird dem Bedürfnis des Lebens gerecht, denn für den Dritten ist es oft unmöglich, mit Sicherheit festzustellen, ob die Eingehung der Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist oder nicht. Man muß dem Dritten eine sorgfältige Nachprüfung auferlegen; eine unerträgliche Gefährdung der Verkehrssicherheit wäre es aber, ihm die Gefahr aufzubürden, daß das Ergebnis dieser Prüfung unrichtig ist.[8] Eine Verbindlichkeit zu einer Verfügung über einen Nachlaßgegenstand kann der Testamentsvollstrecker auch dann eingehen, wenn er die Verfügung selbst

---

[4] So Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. Bem. 1 zu § 1377; Planck-Unzner, 4. Aufl. Bem. 1 zu § 1377; RGRK. 6. Aufl. Bem. 2 zu § 1377.

[5] a. Ans. Kipp, 8. Bearb. § 95 IV 2 und § 118 III, wonach eine Verfügung nur dann unentgeltlich ist, wenn der Testamentsvollstrecker in dem Bewußtsein handelt, daß kein angemessenes Entgelt in den Nachlaß fließt.

[6] So Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 5 zu § 2205.

[7] Prot. V S. 528, 530, 544.

[8] So Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 3 zu § 2206; RGRK. 8. Aufl. Bem. 1 zu § 2206; Kipp, 8. Bearb. § 118 IV 1; HRR. 1929 Nr. 2204. a. Ans. z. B. Endemann Bd. 3, 8./9. Aufl. § 74 IV.

vornehmen kann (§ 2206 Abs. 1 Satz 2), was er nach § 2205 BGB. ja auch dann tun kann, wenn die ordnungsmäßige Verwaltung die Verfügung nicht fordert.

Die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers kann im Rahmen der §§ 2207/10 vom Erblasser erweitert oder eingeschränkt werden. Häufig ist der Testamentsvollstrecker zugleich Miterbe. Hier kann er nach § 181 BGB. nur dann mit sich selbst kontrahieren, wenn es sich um Erfüllung von Verbindlichkeiten handelt, oder wenn der Erblasser es ihm gestattet hat.[9]

Dem Testamentsvollstrecker hat das Nachlaßgericht auf Antrag ein Zeugnis über seine Ernennung zu erteilen, in dem auch etwaige, vom Erblasser angeordnete Beschränkungen oder Erweiterungen seiner Vertretungsmacht anzugeben sind (§ 2368 Abs. 1 BGB.). Auf dieses Zeugnis finden die Vorschriften über den Erbschein entsprechende Anwendung (§ 2368 Abs. 2 BGB.), d. h. es wird widerlegbar vermutet, daß der Testamentsvollstrecker rechtsgültig Testamentsvollstrecker geworden ist und daß seine Befugnisse nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt sind (§ 2365 BGB.), und zu Gunsten des mit dem Testamentsvollstrecker eines der in §§ 2366/67 BGB. angeführten Rechtsgeschäfte abschließenden Dritten gilt der Inhalt des Zeugnisses, soweit die Vermutung des § 2365 BGB. reicht, fiktionsweise als richtig, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit des Zeugnisses kennt oder weiß, daß das Vormundschaftsgericht die Rückgabe des Zeugnisses wegen Unrichtigkeit verlangt hat (§ 2366 BGB.). Diese Wirkung des Zeugnisses zu Gunsten redlicher Dritter setzt nicht Vorlegung des Zeugnisses voraus, vielmehr ist wie beim Grundbuch durch seinen öffentlichen Glauben auch derjenige geschützt, der es nicht eingesehen hat.[10] Mit der Beendigung des Amts des Testamentsvollstreckers wird jedoch das Zeugnis kraftlos (§ 2368 Abs. 2 BGB.). Der gute Glaube des Dritten wird also hinsichtlich des Entstehens und des Umfangs der Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers im Gegensatz zu den übrigen Fällen der gesetzlichen Vertretung geschützt, wenn dem Testamentsvollstrecker ein Zeugnis über seine Ernennung erteilt ist, nicht aber hinsichtlich des Erlöschens seiner Vertretungsmacht.

6. Des Konkursverwalters.

Aufgabe des Konkursverwalters ist die Verwaltung der Konkursmasse und die Verfügung über diese. Seine Vertretungs-

---

[9] So Kipp, 8. Bearb. § 118 Anm. 25. a. A. Planck-Flad, 4. Aufl. Bem. 13 zu § 2205 und RGRK. 8. Aufl. Bem. 3 zu § 2205, nach denen § 181 BGB. für den Testamentsvollstrecker nicht gilt.

[10] So Kipp, 8. Bearb. § 63 Anm. 8.

macht ist auf solche Maßnahmen der Verwaltung und Verfügung beschränkt, die mit dem Zweck des Konkurses, der Verwertung des Schuldnervermögens zur gesetzentsprechenden Befriedigung des Gläubigers, vereinbar ist. Die Maßnahmen müssen aber nicht im Einzelfall dem Konkurszweck förderlich sein, sondern nur an sich im Rahmen der Aufgaben des Konkursverwalters liegen.[11] Auch die Vertretungsmacht des Konkursverwalters ist durch § 181 BGB. beschränkt.[12] Die Vorschriften der §§ 133/35, 150 KO. enthalten keine Beschränkung der Vertretungsmacht des Konkursverwalters, ihre Nichteinhaltung beeinträchtigt selbst bei Kenntnis des Dritten die Wirksamkeit seiner Handlungen nach außen nicht (§ 136 KO.).[13] Durch die im Innenverhältnis bestehende Sorgfaltspflicht des Konkursverwalters wird seine Vertretungsmacht ebenfalls nicht beschränkt. Schutzvorschriften zu Gunsten des auf die dem Konkursverwalter gemäß § 81 Abs. 2 KO. erteilte Bestallung vertrauenden Dritten bestehen ebensowenig wie beim Vormund.[14]

II. Der Mißbrauch der gesetzlichen Vertretungsmacht.

Die Rechtsfolgen des Mißbrauchs der Vertretungsmacht sind bei der gesetzlichen Vertretungsmacht dieselben wie bei der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht. Die Motive (IV S. 1086) lehnen die Einschränkung, die das römische und das gemeine Recht bei der Vertretungsmacht des Vormunds gemacht haben, ab, wonach ein Geschäft, das der Vormund arglistig zum Nachteil des Mündels vorgenommen hatte, unverbindlich war, gleichgültig ob der Dritte den Mißbrauch der Vertretungsmacht erkannt hatte oder nicht, und bringen die Auffassung zum Ausdruck, daß die Verantwortlichkeit des gesetzlichen Vertreters im Innenverhältnis und das Strafrecht einen ausreichenden Schutz gegen Mißbrauch der Vertretungsmacht biete. Die in den §§ 138, 823 Abs. 2, 826 BGB. zum Ausdruck gebrachten Grundsätze müssen aber als Hauptgrundsätze des geltenden Rechts auch bei vom gesetzlichen Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäften Anwendung finden und die erwähnte Aeußerung in den Motiven kann nicht dahin aufgefaßt werden, daß dies in Zweifel gezogen werden soll.

---

[11] So Jaeger, 6./7. Aufl. Anm. 41/42 zu § 6; RG. 29, 80; 53, 190; 57, 195; 76, 244.

[12] So Jaeger, 6./7. Aufl. Anm. 21 zu § 6.

[13] So Jaeger, 6./7. Aufl. Anm. 1/3 zu § 136 und Anm. 1 zu § 150; RG. 63, 203; JW. 1896, 601 und 1902, 444.

[14] So Jaeger, Anm. 2 zu § 81.

Aber auch bei der gesetzlichen Vertretungsmacht kann dem Vertretenen kein weitergehender Schutz gewährt werden für die Fälle, in denen der Dritte den Mißbrauch der Vertretungsmacht zwar nicht erkannt hat, aber hätte erkennen müssen. Für unverbindlich hält das zwischen Vertreter und Drittem abgeschlossene Geschäft ebenso wie bei der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht Kipp,[15] wenn der Dritte den bewußten Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den gesetzlichen Vertreter hätte erkennen müssen, und Hammel[16], wenn der Dritte den Mißbrauch der Vertretungsmacht hätte erkennen müssen, gleichgültig ob der Vertreter die Vertretungsmacht vorsätzlich mißbraucht hat oder nicht.[17]

All diesen Versuchen, dem Vertretenen einen Schutz zu verleihen, der über den sich aus den §§ 138, 823 Abs. 2, 826 BGB. ergebenden Schutz hinausgeht, stehen bei der gesetzlichen Vertretungsmacht zunächst dieselben Bedenken entgegen wie bei der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht. Auch hier erfordert es die Sicherheit des Verkehrs, daß der Dritte die Ordnungsmäßigkeit des vom Vertreter beabsichtigten Geschäfts nicht nachzuprüfen braucht. Das Gesetz hat außerdem hier den Umfang der Vertretungsmacht zum Teil, besonders beim Vormund, eng umgrenzt und schwerwiegende Geschäfte in ihrer Wirksamkeit von der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig gemacht. Auch daraus ergibt sich, daß es nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht, wenn dem Dritten noch eine besondere Nachprüfungspflicht hinsichtlich der Ordnungsmäßigkeit des beabsichtigten Geschäfts auferlegt wird. Wenn der Vertretene auch bei der gesetzlichen Vertretung in der Regel sich den Vertreter nicht selbst gewählt und ihm sein Vertrauen geschenkt hat, so muß er doch die Gefahr des Mißbrauchs der Vertretungsmacht tragen, weil diese Gefahr ihm zuzurechnen und von ihm zu verantworten ist.

Bei der Schlüsselgewalt der Ehefrau und beim Testamentsvollstrecker, dem über seine Ernennung ein Zeugnis erteilt ist,

---

[15] Die Reichsger.Prax. im Dt. Rechtsleben Bd. 2 S. 285, Familienrecht, 7. Bearb. § 116 II und Erbrecht, 8. Bearb. § 118 V.

[16] JW. 1933 S. 2876/77.

[17] Ebenso für die Vertretungsmacht des Vormunds RGRK. 6. Aufl. Bem. 2 zu § 1797; für die Schlüsselgewalt Lehmann, Familienrecht des Bürgerl. Ges.B. § 11 III 2 b; für die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers Planck-Flad. 4. Aufl. Bem. 6 b zu § 2205; RGRK. 8. Aufl. Bem. 3 zu § 2205; RG. 75, 299; 83, 348; 130, 131 und RG. im Recht 1912 Nr. 889. a. Ans. für die Vertretungsmacht des Ehemanns nach §§ 1374 ff. BGB. Planck-Unzner, 4. Aufl. Bem. 1 zu § 1377 und für die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers Dernburg-Engelmann, Bd. 5 3. Aufl. § 141 Anm. 19.

steht dem Versuch, den Vertretenen auch dann zu schützen, wenn der Dritte den Mißbrauch der Vertretungsmacht nur hätte erkennen müssen, noch ein weiteres Bedenken entgegen. Es würden in diesem Fall die Bestimmungen des Gesetzes, nach denen eine Beschränkung der Schlüsselgewalt bzw. der Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers, sofern sie nicht im Güterrechtsregister eingetragen bzw. im Zeugnis des Testamentsvollstreckers angegeben ist, Dritten gegenüber nur bei Kenntnis wirksam sein soll (§§ 1357 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 1335 Abs. 1, 2265/67 BGB.) umgangen, denn ein Handeln des Vertreters entgegen einer solchen, dem Dritten gegenüber nur bei Kenntnis wirksamen Beschränkung würde einen Mißbrauch der Vertretungsmacht darstellen und als solcher dem Dritten gegenüber schon von Bedeutung sein, wenn dieser ihn hätte erkennen müssen.

Der gesetzlich Vertretene erfährt also ebenfalls keinen Schutz, der über den sich aus den §§ 138, 823 Abs. 2, 826 BGB. ergebenden Schutz hinausgeht. Dieses Ergebnis bedeutet aber keine unbillige Härte für den Vertretenen, denn es ist zu beachten, daß die Vertretungsmacht des Vaters, der Mutter, des Vormunds und des Pflegers zum Schutz des Mündels durch das Erfordernis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu schwerwiegenden Geschäften eingeengt ist, daß bei der Schlüsselgewalt die Vertretungsmacht der Frau durch den äußeren Zuschnitt der Lebenshaltung des Mannes begrenzt wird und der Dritte diesen prüfen muß, daß die Vertretungsmacht des Ehemanns beim gesetzlichen Güterstand nur eine sehr eng begrenzte ist, daß der Testamentsvollstrecker Verfügungen nur vornehmen kann, wenn sie entgeltlich sind, und Verpflichtungen nur eingehen kann, wenn sie zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind, und daß die Vertretungsmacht des Konkursverwalters auf Maßnahmen beschränkt ist, die mit dem Zweck des Konkurses vereinbar sind.

Während der Vater, die Mutter, der Vormund, der Pfleger und der Ehemann beim gesetzlichen Güterstand den Vertretenen nur verpflichten können, wenn sie in seinem Namen handeln, können sie über Gegenstände des Vertretenen auch in eigenem Namen verfügen. Auch in diesem Fall ist der Vertretene durch die §§ 138, 823 Abs. 2, 826 BGB. ebenso geschützt, wie wenn der gesetzliche Vertreter in fremdem Namen handelt, vorausgesetzt, daß der Dritte weiß, daß der Gegenstand, über den der gesetzliche Vertreter verfügt, dem Vertretenen gehört.

§ 8.

III. Die Vertretung juristischer Personen.

A. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person.

Während im englischen Recht durch die sog. Ultra-Vires-Theorie die Rechtsfähigkeit der juristischen Person insofern beschränkt wird, als sie nur so weit reicht, wie der Zweck der juristischen Person geht,[1] eine Beschränkung, die auch das französische Recht auf Grund des dort geltenden Spezialitäts-Grundsatzes enthält,[2] steht nach der in Deutschland, Oesterreich und der Schweiz herrschenden Lehre der juristischen Person grundsätzlich in gleichem Umfang Rechtsfähigkeit zu wie der natürlichen Person und ist ihre Rechtsfähigkeit nur dadurch beschränkt, daß bei ihr die tatsächlichen Grundlagen gewisser Rechte fehlen.[3]

B. Die Vertretung der juristischen Person.

I. Im bürgerlichen Recht.

1. Der Umfang der Vertretungsmacht der Organe.

Bei der juristischen Person des bürgerlichen Rechts ist die Vertretungsmacht, die dem Vorstand nach §§ 26, 86 BGB. zusteht, nach herrschender Lehre auf solche Geschäfte beschränkt, die sachlich ihrer allgemeinen Eigenart nach in den Rahmen des Vereins- oder Stiftungszwecks fallen.[4] Dabei kommt es für die Feststellung des Vereins- oder Stiftungszwecks darauf an, wie dieser nach außen in Erscheinung tritt. Diese Einschränkung

[1] So Schirrmeister-Prochownick, Das bürgerliche Recht Englands. Bd. 1 S. 82/84 und 100; Müller-Erzbach, Wohin führt die Interessenjurisprudenz? S. 96.

[2] So Müller-Erzbach a. a. O.

[3] So für Deutschland insbes. Lehmann, 4. Aufl. § 58 III 1; Oertmann, 3. Aufl. Vorbem. 6 a zu §§ 21 ff. und Endemann Bd. 1, 8. Aufl. § 39. a. Ans. Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Vorbem. IV C 2 vor §§ 21 ff. und Dernburg Bd. 1, 3. Aufl. § 66 I; für Oesterr. Ehrenzweig, Syst. d. österr. allg. Priv.R. Bd. I 1 § 82 I; für die Schweiz Tuor, Das Schw. ZGB. § 15 c 2 und Egger, Komm. z. Schw. ZGB. 2. Aufl. Bd. I Art. 53.

[4] So Staudinger-Riezler, 9. Aufl. Bem. 7 zu § 26; Oertmann, 3. Aufl. Bem. 4 a zu § 26; RGRK. 8. Aufl. Bem. 3 zu § 26; Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 102 Anm. 7 a; Lehmann, 4. Aufl. § 59 III 3 c β; v. Tuhr § 37 III; unentschieden RG. 85, 256 und RG. in JW. 1935, 1012. a. Ans. Planck-Knocke, 4. Aufl. Bem. 4 zu § 26 und Müller-Erzbach a. a. O.

berührt sich mit der englischen Ultra-Vires-Theorie und gilt auch im Oesterr. und Schweiz. Recht.[5]

Innerhalb dieses Rahmens kann der Umfang der Vertretungsmacht des Vorstands nach § 26 Abs. 2 Satz 2 BGB. mit Wirkung gegen Dritte nur durch die Satzung beschränkt werden. Ein Beschluß der Mitgliederversammlung, durch den dem Vorstand Weisungen erteilt werden, wirkt nur im Innenverhältnis zum Vorstand[6] und beschränkt seine Vertretungsmacht nach außen selbst dann nicht, wenn der Dritte ihn kennt.[7] Auch hier kann der Ansicht Sieberts,[8], daß die Vertretungsmacht durch die Pflichtstellung des Vertreters inhaltlich gestaltet und nur das Vertrauen des redlichen Dritten geschützt wird, aus den bereits bei den anderen Fällen der Vertretungsmacht dargelegten Gründen nicht beigetreten werden.

Bei eingetragenen Vereinen sind die Beschränkungen des Umfangs der Vertretungsmacht des Vorstands im Vereinsregister einzutragen (§ 64 Satz 2 BGB.). Sind sie nicht eingetragen, so können sie Dritten nur entgegengehalten werden, wenn sie ihnen bekannt sind (§§ 68 Satz 1, 70 BGB.); sind sie eingetragen, so braucht der Dritte sie nur dann nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie ohne sein Verschulden nicht kennt (§§ 68 Satz 2, 70 BGB.).

Beim nichteingetragenen rechtsfähigen Verein ist der gutgläubige Dritte nicht geschützt. Die §§ 68, 70 BGB. können hier nicht entsprechend angewendet werden, da sie von dem Erfordernis der Eintragung nicht losgelöst werden können, und eine entsprechende Anwendung des § 171 BGB. entspricht ebenfalls nicht dem Sinn des Gesetzes, denn dieses hat dem Vereinsvorstand die Stellung eines gesetzlichen Vertreters gegeben und bei einem solchen ist der gute Glaube an das Bestehen seiner Vertretungsmacht im Zweifel nicht geschützt.[9]

Nach § 30 Satz 1 BGB. können neben dem Vorstand für gewisse Geschäfte besondere Vertreter des Vereins bestellt werden, die ebenfalls gesetzliche Vertreter sind[10] und nicht mit Bevollmächtigten zu verwechseln sind, die vom Vorstand natürlich auch bestellt werden können. Für die Vertretungsmacht eines solchen besonderen Vertreters ist der Bestellungsakt maßgebend, im Zweifel erstreckt sie sich nach § 30 Satz 2 BGB. auf alle

---

[5] Vgl. Egger, 2. Aufl. Bd. I Art. 55 Nr. 16.

[6] So Staudinger-Riezler, Planck-Knocke, Lehmann und v. Tuhr jeweils a. a. O.

[7] So Cosack-Mitteis, 8. Aufl. Bd. 1 § 47 I 1 a α.

[8] ZStW. 95 S. 653.

[9] So Planck-Knocke, 4. Aufl. Bem. 4 zu § 26; RG. im Recht 1907 Nr. 2497.

[10] So Motive I, 102.

Rechtsgeschäfte, die der ihm zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt. Beschränkungen seiner Vertretungsmacht können nicht ins Vereinsregister eingetragen werden und wirken gegenüber Dritten nur, wenn diese sie kennen oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt kennen müßten,[11] wobei zu bemerken ist, daß der Verkehr hier vom Dritten Nachprüfung nur beim Vorliegen von Verdachtsgründen verlangt.

2. Der Mißbrauch der Vertretungsmacht der Organe.

Auch beim Vorstand der juristischen Person sind die Rechtsfolgen des Mißbrauchs der Vertretungsmacht dieselben wie in allen bisher behandelten Fällen. Die in den §§ 138, 823 Abs. 2, 826 BGB. enthaltenen Grundsätze greifen auch hier zu Gunsten des vertretenen Vereins in der oben § 5 B I und II dargelegten Weise ein. Dem Versuch, den vertretenen Verein auch dann zu schützen, wenn der Dritte den Mißbrauch der Vertretungsmacht nur hätte erkennen müssen, steht hier außer den beim Mißbrauch der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht erwähnten Bedenken noch das weitere Bedenken entgegen, daß dadurch die Bestimmungen der §§ 68 Satz 1, 70 BGB., wonach beim eingetragenen Verein eine Beschränkung der Vertretungsmacht gegenüber Dritten, außer wenn sie eingetragen ist, nur bei Kenntnis wirksam sein soll, umgangen würden, denn das Handeln des Vertreters entgegen einer dem Dritten gegenüber nur bei Kenntnis wirksamen, nicht eingetragenen satzungsgemäßen Beschränkung der Vertretungsmacht würde einen Mißbrauch der Vertretungsmacht darstellen und als solcher dem Dritten gegenüber schon bei fahrlässiger Unkenntnis Wirkung haben.

3. Die Vertretungsmacht der Liquidatoren.

Befindet sich die juristische Person in Liquidation, so ist ihre Rechtsfähigkeit und damit auch die Vertretungsmacht der Liquidatoren auf den Liquidationszweck beschränkt.[12] Der Dritte hat sorgfältig zu prüfen, ob das vom Liquidator beabsichtigte Geschäft im Rahmen des Liquidationszwecks liegt. Im Interesse der Verkehrssicherheit kann ihm aber nicht die Gefahr aufgebürdet werden, daß das Ergebnis dieser Prüfung unrichtig ist. Kann er den Nachweis erbringen, daß er nicht erkennen

---

[11] So RGRK. 8. Aufl. § 30; Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. § 102 Anm. 5 a; RG. 94, 320.

[12] So RGRK. 8. Aufl. Bem. 4 zu § 49 und Dernburg, 3. Aufl. Bd. 1 § 77 VII. a. Ans. Feine in Ehrenb. Handbch. Bd. III 3 § 48 IV.

konnte, daß das Geschäft nicht im Rahmen des Liquidationszwecks liegt, so gilt es zu seinen Gunsten als durch die Vertretungsmacht des Liquidators gedeckt.[13] Die Vertretungsmacht der Liquidatoren kann durch die Satzung gemäß §§ 26 Abs. 2 Satz 2 in Verb. mit § 48 Abs. 2 mit Wirkung gegen Dritte noch weiter beschränkt werden, sofern dies mit dem Liquidationszweck vereinbar ist. Soweit ein Mißbrauch der so eng umgrenzten Vertretungsmacht der Liquidatoren überhaupt denkbar ist, sind seine Rechtsfolgen dieselben wie in den bisher behandelten Fällen.

II. Im Handelsrecht.

1. Der Umfang der Vertretungsmacht der Organe.

Die Vertretungsmacht des Vorstands einer Aktiengesellschaft ist im Gegensatz zum englischen Recht und ebenso wie im österr. und schweiz. Recht[14] nicht wie die des Vorstands eines bürgerlich-rechtlichen Vereins durch den satzungsmäßigen Zweck des Unternehmens begrenzt, sondern reicht so weit wie die Rechtsfähigkeit der A.G.[15]

Eine Beschränkung des Umfangs der Vertretungsmacht des A.G.Vorstands ist Dritten gegenüber nach § 235 Abs. 2 HGB. ebenso unwirksam wie bei der Prokura oder der OHG.[16] Während nach schweiz. Recht eine Beschränkung möglich und nur gutgläubigen Dritten, d. h. solchen die sie nicht kennen, gegenüber unwirksam ist[17], ist sie nach deutschem und österreichischem Recht auch denjenigen Dritten gegenüber unwirksam, die sie kennen. Während die Kommission zur Beratung eines ADHGB. noch in erster Lesung den Art. 209 gebilligt hatte, nach dem die Gesellschaft aus Rechtsgeschäften eines Vorstands nicht verpflichtet werden sollte, „wenn das Geschäft mit dem Vorsteher abgeschlossen ist, ungeachtet dem Beteiligten bekannt war, daß der Vorsteher gegen den Inhalt seiner Vollmacht handelte", wurde in zweiter Lesung diese Bestimmung beseitigt und erhielt in dritter Lesung Art. 231 AGHGB. seine mit Art. 43, 116, 138 ADHGB. übereinstimmende Fassung.[18]

---

[13] So RGRK. 8. Aufl. Bem. 2 zu § 49.

[14] Vgl. Egger, 2. Aufl. Bd. I Art. 55 Nr. 16.

[15] So Staub-Pinner, 14. Aufl. Bem. 10 zu § 235; Cosack, 12. Aufl. § 28 I 1 b; Müller-Erzbach, 2. Aufl. Kap. 52 I.

[16] So Staub-Pinner, 14. Aufl. Bem. 4 zu § 231 und Bem. 12 zu § 235. Gierke, 4. Aufl. § 41 II 2 c; Fischer in Ehrenb. Hdbch. Bd. III 1 § 14 I 1.

[17] OR. Art. 654; Fick-Bachmann, 4. Aufl. Art. 654.

[18] Vgl. ROHG. 5 Nr. 64.

Was für die Vertretungsmacht des Vorstands der AG. gilt, wurde später auf die Vertretungsmacht des Vorstands der eingetragenen Genossenschaft und des Geschäftsführers der G. m. b. H. übertragen (vgl. § 27 Abs. 2 des Ges. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und § 37 Abs. 2 des G.m.b.H.-Gesetzes).[19] Bei der Kommandit-Gesellschaft auf Aktien haben die persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementäre) die Aufgaben des Vorstands; für ihre Vertretungsmacht gilt dasselbe wie bei den persönlich haftenden Gesellschaftern der Kommanditgesellschaft (§ 320 Abs. 2 HGB.).

2. Der Mißbrauch der Vertretungsmacht der Organe.

Was den Mißbrauch der Vertretungsmacht betrifft, muß für den Vorstand der A.G., den Komplementär bei der AKG., den Vorstand der eingetragenen Genossenschaft und den Geschäftsführer der G.m.b.H. dasselbe gelten wie für den Prokuristen und den vertretungsberechtigten Gesellschafter der OHG. und der KG., denn die Vertretungsmacht ist hier genau so starr wie dort.

Die in den §§ 138, 823 Abs. 2, 826 BGB. enthaltenen Hauptgrundsätze der Rechtsordnung greifen auch gegenüber dieser unbeschränkbaren Vertretungsmacht durch. Auch hier steht nach herrschender Lehre der vertretenen Gesellschaft eine Einrede der Arglist gem. §§ 826, 853 BGB. dann zu, wenn der Vorstand seine Vertretungsmacht in der Absicht, die Gesellschaft zu schädigen und sich oder einem andern einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, mißbraucht und der Dritte den Mißbrauch der Vertretungsmacht und diese Absicht des Vorstands erkannt hat.[20] Demgegenüber genügt aber m. E. auch hier zur Anwendung des § 826 BGB., daß der Dritte den objektiven Mißbrauch der Vertretungsmacht erkannt und gewußt und gewollt hat, daß die Gesellschaft durch das abgeschlossene Geschäft geschädigt wird.

Schließt der Vorstand ein Geschäft mit einem Aufsichtsratsmitglied unter Mißbrauch der Vertretungsmacht ab oder schließt er unter Mißbrauch seiner Vertretungsmacht mit einem Aktionär ein Geschäft über dessen Mitgliedsrechte ab, so hat das Aufsichtsratsmitglied bzw. der Aktionär, wenn er den Mißbrauch erkannte oder erkennen mußte, seine Pflicht als Aufsichtsrats-

[19] Vgl. Müller-Erzbach, 2. Aufl. Kap. 66 I 2; Feine § 13 II 1 d und § 16 III.

[20] So für das ADHGB.: Hahn Art. 231 §§ 2 und 4; Thöl § 169 IV; ROHG. 5 Nr. 64 und 6 Nr. 27; RG. bei Bolze 10, 297; für das geltende Recht: Staub-Pinner, 14. Aufl. Bem. 17 zu § 235; Cosack, 7. Aufl. § 207. 2 b; Fischer § 41 I; RG. 73, 343; 81, 17; Warn. 1909 Nr. 481; OLG. 33, 142.

mitglied bzw. als Aktionär verletzt, und ist aus dieser Verletzung der Gesellschaft nach § 249 BGB. schadensersatzpflichtig.[21] Diese kann also Befreiung von der ihr aus dem Geschäft erwachsenen Verbindlichkeit und Ersatz des ihr aus dem Geschäft entstandenen Schadens verlangen. Schließt ein Aktionär aber ein selbständiges Geschäft mit dem Vorstand ab, so gilt für ihn dasselbe wie für jeden anderen Dritten.[22]

Wenn der Dritte den Mißbrauch der Vertretungsmacht nur hätte erkennen müssen, kann die vertretene Gesellschaft schon deshalb nicht geschützt werden, weil damit die vom Gesetz ausdrücklich im Interesse der Verkehrssicherheit bestimmte Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Vorstands praktisch aufgehoben würde, denn ein Handeln des Vorstands entgegen einer dem Dritten gegenüber unwirksamen Beschränkung seiner Vertretungsmacht stellt einen Mißbrauch derselben dar und wäre als solcher schon gegenüber Dritten, die ihn erkennen müssen, wirksam.

3. Die Vertretungsmacht der Liquidatoren.

Im Stadium der Liquidation ist die Rechtsfähigkeit der AG., AKG., eingetragenen Genossenschaft und G.m.b.H. und damit die Vertretungsmacht ihrer Liquidatoren durch den Liquidationszweck ebenso beschränkt wie bei der Liquidation des bürgerlichrechtlichen Vereins, der OHG. und der KG.[23] Jedoch gilt auch hier zu Gunsten des Dritten, der nachweisbar trotz sorgfältiger Prüfung nicht erkennen konnte, daß das vom Liquidator abgeschlossene Geschäft nicht im Rahmen des Liquidationszwecks liegt, das Geschäft als durch die Vertretungsmacht des Liquidators gedeckt. Auch hier ist die Vertretungsmacht eine gegenüber Dritten unbeschränkbare (vgl. §§ 298 Abs. 1, 320 Abs. 2 i. V. m. 151 HGB., §§ 89 i. V. m. 27 Abs. 2 des Gesetzes betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und §§ 71 i. V. m. 37 Abs. 2 des G.m.b.H.-Gesetzes). Sofern Fälle des Mißbrauchs dieser Vertretungsmacht überhaupt denkbar sind, muß für sie dasselbe gelten wie beim Mißbrauch der Vertretungsmacht des Vorstands einer der genannten Gesellschaften.

---

[21] So Staub-Pinner, 14. Aufl. Bem. 12 zu § 235; Cosack, 7. Aufl. § 207, 2 b; Fischer § 41 I; RG. 73, 343.

[22] So Staub-Pinner und Cosack a. a. O.; RG. bei Bolze 10, 297.

[23] a. Ans. Feine § 48 IV.

§ 9.

B. Die Stellvertretung im Zivilprozeßrecht.

I. Das Verhältnis der Bestimmungen der ZPO. zu denen des BGB.

Die ZPO. enthält ebenfalls eine Reihe von Bestimmungen über die Stellvertretung, neben denen die Vorschriften des BGB. über die Stellvertretung nur soweit die Prozeßordnung auf sie verweist und außerdem zur Lückenergänzung im Weg der Rechtsanalogie herangezogen werden können. Die Sonderbestimmungen, die die ZPO. für die Stellvertretung enthält, dienen ebenso wie die im HGB. enthaltenen Bestimmungen dem Bedürfnis der Rechtssicherheit, das im Prozeßrecht ganz besonders im Vordergrund steht.

II. Die Entstehung der prozessualen Vertretungsmacht.

Für die Entstehung der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht gilt § 167 BGB. Sie kann durch Erteilung gegenüber dem Bevollmächtigten oder gegenüber dem Dritten erfolgen, wobei Dritter nicht nur der Gegner sondern auch das Gericht ist. Nach § 80 Abs. 1 ZPO. ist die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Urkunde nachzuweisen; diese ist zu den Akten zu geben. Auf die vorgelegte Urkunde findet § 172 BGB. Anwendung. Ist eine schriftliche Urkunde nicht vorgelegt, so wirkt die Prozeßführung des Vertreters dennoch für und gegen den Geschäftsherrn, wenn dieser dem Vertreter tatsächlich Vollmacht erteilt hat.[1]

Die Vollmacht für die Führung von Prozessen kann auch in einer allgemeinen privatrechtlichen Vollmacht enthalten sein, so z. B. in der Generalvollmacht, in der Prokura, in der Handlungsvollmacht, sowie in der Vertretungsmacht des Gesellschafters der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft und der OHG., des Schiffers und des Korrespondentreeders. Aber auch hier muß die Vollmacht im Prozeß urkundenmäßig nachgewiesen und die Urkunde zu den Akten gegeben werden. Während für das Erlöschen einer solchen privat-rechtlichen Vollmacht, die die Befugnis zur Prozeßführung umfaßt, das BGB. bzw. das HGB. gilt[2], gilt für das Erlöschen der Prozeßvollmacht § 87 ZPO., der im Interesse der Verkehrssicherheit dem Dritten

---

[1] So Hellwig, Lehrb. des Deutsch. Zivilproz. § 128 Abs. 2 2 a β.

[2] So Baumbach, 9. Aufl. Bem. 1 B e zu § 86; Hellwig § 127 II 2 und § 132 IV.

günstiger ist als die §§ 169, 173 BGB. Insbesondere wird die in § 57 Abs. 1 vorgeschriebene Anzeige an den Gegner nicht wie in § 173 BGB. durch anderweitig erhaltene Kenntnis des Gegners ersetzt.[3]

Für die Entstehung der gesetzlichen Vertretungsmacht gilt im Prozeß nichts besonderes, sie richtet sich nach dem materiellen Recht.

III. Der Umfang der prozessualen Vertretungsmacht.

Ihrem Umfang nach kann die Prozeßvollmacht im Parteiprozeß eine Sondervollmacht für einzelne Prozeßhandlungen sein oder aber — und im Anwaltsprozeß kann sie nur dies sein — eine Vollmacht für die Führung des gesamten Prozesses.

Der Umfang dieser letzteren Prozeßvollmacht ist in den §§ 81/83 ZPO. im Interesse der Rechtssicherheit gesetzlich bestimmt. Sie umfaßt auch privatrechtliche Willenserklärungen, soweit sie im Prozeß abgegeben werden und damit Prozeßhandlungen sind.[4] Die im § 181 BGB. enthaltene Beschränkung des Umfangs der privatrechtlichen Vertretungsmacht gilt auch für die Prozeßvollmacht.[5] Eine sonstige Beschränkung hat nach § 83 Abs. 1 ZPO. dem Gegner gegenüber nur insoweit rechtliche Wirkung, als sie die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des vom Gegner geltend gemachten Anspruchs von der Vollmacht ausnimmt. Sie muß entweder in die schriftliche, zu den Akten gegebene Vollmachtsurkunde aufgenommen oder, da sie, wenn sie nachträglich erfolgt, einen teilweisen Widerruf der Vollmacht enthält, dem Gegner schriftlich oder mündlich mitgeteilt sein.[6] Die §§ 81/83 ZPO. finden auch auf eine privatrechtliche Vollmacht Anwendung, die die Befugnis zur Prozeßführung umfaßt.

Der Umfang der nach § 83 Abs. 2 ZPO. im Parteiprozeß zulässigen Sondervollmacht ist unter Berücksichtigung der in den §§ 81/83 ZPO. enthaltenen Grundgedanken dem Zweck zu entnehmen, zu dem sie erteilt ist.[7]

Der Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht richtet sich nach materiellem Recht. Nach § 54 ZPO. sind jedoch Prozeßhandlungen, zu welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen

---

[3] So Jonas, 15. Aufl. Bem. I zu § 87.
[4] So Jonas, 5. Aufl. Bem. III 2 zu § 81; Baumbach, 9. Aufl. Bem. 3 B zu § 81.
[5] So Rosenberg S. 700.
[6] So Jonas, 15. Aufl. § 83.
[7] So Baumbach, 9. Aufl. Bem. 3 zu § 83.

Rechts eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, ohne dieselbe gültig, wenn die Ermächtigung zur Prozeßführung im allgemeinen erteilt oder die Prozeßführung auch ohne eine solche Ermächtigung im allgemeinen statthaft ist.

IV. Der Mißbrauch der prozessualen Vertretungsmacht.

Schließt der Stellvertreter im Prozeß unter Mißbrauch seiner Vertretungsmacht einen Vergleich, so sind die Rechtsfolgen des Mißbrauchs der Vertretungsmacht dieselben wie im materiellen Zivilrecht, da der Prozeßvergleich, wenn er auch prozessuale Wirkungen hat, doch zugleich ein Rechtsgeschäft des materiellen Rechts ist.[8]

Anders ist es dagegen, wenn der Mißbrauch der Vertretungsmacht eine materiell rechtskräftige Entscheidung des Gerichts veranlaßt hat. Eine solche Entscheidung kann nicht gemäß § 138 BGB. nichtig sein. Es ist aber wohl möglich, daß der Dritte sie in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erschlichen und damit dem Geschäftsherrn im Sinne des § 826 BGB. vorsätzlich Schaden zugefügt hat. Dies ist nicht schon dann der Fall, wenn er den, sei es bewußten oder unbewußten Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Vertreter erkannt hat, denn er hat im Prozeß im Gegensatz zum materiell rechtlichen Rechtsverkehr kein ihm zumutbares Mittel, den Vertreter am Mißbrauch zu hindern. Es ist nur dann der Fall, wenn er in einverständlichem Zusammenwirken mit dem Vertreter vorsätzlich zum Schaden des Geschäftsherrn gehandelt hat. Eine rechtskräftige Entscheidung des Gerichts kann aber nicht in ihren Folgen durch eine Schadensersatzklage aus § 826 BGB. beseitigt werden, denn die Regelung des Prozeßrechts, das nur in ganz bestimmten Fällen eine Wiederaufnahmeklage zuläßt, ist eine abschließende und stellt das Interesse an der Rechtsgewißheit und dem Rechtsfrieden über das Interesse an der Billigkeit und Gerechtigkeit der einzelnen Entscheidung.[9] Gegenüber einer materiell rechtskräftigen Entscheidung des Gerichts kann der Geschäftsherr somit den Mißbrauch der Vertretungsmacht überhaupt nicht geltend machen.

---

[8] So Hellwig § 130 III. a. Ans. Baumbach, 9. Aufl. Bem. 2 B zu § 794.

[9] So besonders Baumbach, 9. Aufl. Bem. 2 F zu § 322; vgl. auch Stoll, DJZ. 1932 S. 411. a. Ans. insbes. Jonas, 15. Aufl. Bem. 10 zu § 322; RG. 39, 142; 46, 75; 61, 359; 69, 277; 78, 390; 88, 290; 132, 349; OLG. 11, 324; JW. 1925, 383; 1928, 1853 und 1930, 1023.

Schrifttums-Verzeichnis.

I. Gesetzesmaterialien, Lehrbücher und Kommentare.

Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, Würzburg 1858/67.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin und Leipzig 1888.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1897/99.

v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, Leipzig 1882 und 1895.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts mit Einschluß des Seerechts, 7. Aufl. Stuttgart 1910, 12. Aufl. Stuttgart 1930.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 8. Aufl., Jena 1927; Bd. 2 7./8. Aufl. Jena 1924.

Dernburg, Pandekten, 5. Aufl. Berlin 1892.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 1 und 5, 3. Aufl. Halle 1906 und 1905.

Ehrenzweig, System des österr. allgemeinen Privatrechts, 6. Aufl. Wien 1920/25.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Allg. Teil, 12. Bearb. Marburg 1928.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Allg. Teil, 13. Bearb. Marburg 1931.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearb. Marburg 1932.

Enneccerus-Kipp und Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4. Bd. Das Familienrecht, 7. Bearb. Marburg 1931.

Enneccerus-Kipp, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 5. Bd. Das Erbrecht, 8. Bearb. Marburg 1930.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 8. Aufl. Berlin 1903, Bd. 3 8./9. Aufl. Berlin 1919/20.

v. Gierke, Julius, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1933.

v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, Bd. 1 Leipzig 1897.

Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozesses, Bd. 1 Leipzig 1903.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Leipzig 1885.

Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Privatrecht, 2. Aufl. Berlin 1935.

Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1933.

Lehmann, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin und Leipzig 1926.

Locher, Handels-, Wechsel- und Seerecht, Berlin 1931.

Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, 2. Aufl. Teil 1 und 2, Tübingen 1927/28, 3. Aufl. Teil 1, Tübingen 1928.

Puchta, Pandekten, 11. Aufl. Leipzig 1872.

Siber, Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, Berlin 1925 und 1928.

Sohm-Mitteis-Wenger, Institutionen, 17. Aufl. München und Leipzig 1928.

Thöl, Das Handelsrecht, 6. Aufl. Bd. 1, Leipzig 1879.

v Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910/18.

v. Thur, Allgemeiner Teil des Schweizer Obligationenrechts, Tübingen 1924/25.

Tuor, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 1932.

Savigny, Das Obligationenrecht, Bd. 2 Berlin 1851.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Frankfurt/M. 1906.

Baumbach, Zivilprozeßordnung, 9. Aufl. München und Berlin 1934.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch Bd. I und II 2, 3. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1930 und 1932.

Egger-Escher-Haab und Oser, Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, 1. Aufl. Bd. V Zürich 1912; 2. Aufl. Bd. I Zürich 1930.

Fick, Das Schweizerische Obligationenrecht, 4. Aufl. Zürich 1915.

Gaupp-Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 15. Aufl. Tübingen 1934.

v Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. Braunschweig 1879 und 1883.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 6./7. Aufl. Berlin und Leipzig 1931 und 1936.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, 3. Aufl. Berlin 1927. Buch 2, 1. und 2. Hälfte, 5. Aufl. Berlin 1928.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl. Bd. I und IV, Berlin 1903 und 1904. 4. Aufl. Bd. I, II 1 und 2, IV 1 und V Berlin und Leipzig 1912/1930.

Reichsgerichtsrätekommentar, (Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts), 8. Aufl. Bd. 1, 2, 4 und 5, Berlin und Leipzig 1934/35.

Schirrmeister-Prochownick, Das Bürgerliche Recht Englands, Berlin 1906 bis 1920.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl. Berlin und Leipzig 1932/33.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. Bd. I, II 1—3, IV 1 und 2, V München, Berlin und Leipzig, 1925/30, 10. Aufl, Bd. I, 1936.

II. Einzeldarstellungen.

Anson, Die Grundzüge des englischen Vertragsrechts, übersetzt von Prochownick, Berlin 1908.

Bank, Das arglistige Zusammenwirken des Stellvertreters mit dem Vertragsgegner zum Nachteil des Vertretenen (Kollusion). Diss. in Masch.Schrift Münster 1920.

Brenner, Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts, Diss. Frankfurt/M. 1926.

Busch, Von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, Busch's Arch. Bd. 1 S. 41 ff.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. Jena 1911.

Dittmar, Mißbrauch der Vollmacht (Kollusion und Quasikollusion). Diss. Göttingen 1931.

Egger, Mißbrauch der Vertretungsmacht, Beiträge zum Handelsrecht S. 47 ff. Basel 1934.

Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, 3 Leipzig 1929.

Fischer, Die Aktiengesellschaft, Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, 1 Leipzig 1916.

Gadow, Die Einrede der Arglist, JJ. Bd. 84 S. 174 ff.

Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen 1933.

Heck, Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, AZP. Bd. 142 S. 129 ff. und 297 ff.

Heymann, Wechselzeichnung der Sparkassen, in: Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben, Bd. 4 S. 287 ff.

Henle, Treu und Glauben im Rechtsverkehr, 1912.

Hupka, Die Vollmacht, Leipzig 1900.

Jhering, Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte, JJ. Bd. 1 S 273 ff.

Keyssner, Vom falschen Bevollmächtigten, Busch's Arch. Bd. 11 S. 65 ff.

Kipp, Zur Lehre von der Vertretung ohne Vertretungsmacht, in: Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben, Bd. 2 S. 273 ff.

Klas, Die Kollusion des Stellvertreters mit dem Geschäftsgegner, Diss Göttingen 1934.

v. Kräwel, Zur Erläuterung der die offene Handelsgesellschaft betreffenden Artikel... des ADHGB., Busch's Arch. Bd. 4 S. 1 ff.

Kuhlenbeck, Zur Rechtssprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Zivilrechts, XXXI: Vollmacht, JW. 1896 S. 577 ff.

Kuhr, Der Mißbrauch der Vertretungsmacht in seiner Wirkung zwischen Auftraggeber und Drittem, Diss. Göttingen 1931.

Laband, Die Stellvertretung beim Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, ZHR. Bd. 10 S. 183 ff.

Langenbach, Die Grundzüge des Law of agency in Kölner Arbeiten zum englischen Recht, Leipzig 1928.

Lincke, Ueber die Voraussetzungen der Haftpflicht des Prinzipals für die durch entlassene Handlungsbevollmächtigte, Prokuristen und einfache Bevollmächtigte (sog. Agenten) verübten Betrugshandlungen, Busch's Arch. Bd. 7 S. 67 ff.

Macke, Die Kollusion bei der Stellvertretung (insbes. ihre Handhabung in der Rechtsprechung des ROHG. und des RG.), Diss. Göttingen 1929.

Manigk, Stillschweigend bewirkte Vollmacht im Handelsrecht in Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Bd. 62 S. 590 ff.

Mittelstein, Das Binnenschiffahrtsrecht, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. VII 1 Leipzig 1918.

Müller-Erzbach, Wohin führt die Interessenjurisprudenz? Tübingen 1932.

Müller-Erzbach, Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen? Zwei Hauptgesichtspunkte der Rechts- und Lebensdurchdringung. München und Leipzig 1934.

Oertmann, Scheingeschäft und Kollusion, Recht 1923 S. 74/76.

Oertmann, Grundzüge zur Lehre vom Rechtsschein, ZHR. Bd. 93 S. 443.

Predari, Zwei Fragen aus dem Gebiet des Geschäftsabschlusses mit sich selbst, Gruch. Bd. 63 S. 657 ff.

Ramdohr, Rechtsmißbrauch, Gruch. Bd. 46 S. 577 ff.

Rüdy, Rechtsmißbrauch, Diss. München 1934.

v. Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen, AZP. Bd. 93 S. 131 ff.

Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs, München 1902.

Schlossmann, Lehre von der Stellvertretung, Leipzig 1900 und 1902.

v. Seeler, Vollmacht und Scheinvollmacht, Arch. Bürgerl. R, Bd. 28 S. 1 ff.

Siebert, Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs. Ueber die konkrete Gestaltung der Rechte. In Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935.

Siebert, Zur Lehre vom Mißbrauch der Vertretungsmacht (Vertretung und Geschäftsführung) ZStW. Bd. 95 S. 629 ff.

Stoll, Haftung aus Bescheinigung, AZP. Bd. 135 S. 89 ff.

- Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ. 1923 S. 532 ff.

- Wiederaufnahme des Verfahrens wegen Erschleichung der Rechtskraft eines Urteils durch arglistige Täuschung. DJZ. 1932 S. 410/11.

— Vertrag und Unrecht, Tübingen 1936.

Staud, Die Entwicklung der abstrakten Natur der Vollmacht und ihre Handhabung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Göttingen 1928.

Titze, Die kaufmännischen Hilfspersonen, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. II Leipzig 1918.

Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte. Wien 1906.

Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse, AZP. Bd. 100 S. 1 ff.

III. Gerichtsentscheidungen, Zeitschriften und Sammelwerke.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG.).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLG.).

Höchstrichterliche Rechtsprechung, Beilage der Juristischen Rundschau (HRR.).

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- u. Strafsachen (KGJ.).

Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen (Bolze).

Seuffert, Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Seuff. A.).

Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (Warn.).

Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).

Juristische Wochenschrift (JW.).

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (LZ.).

Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand (Recht).

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsvollstreckung (ZbfG.).

Archiv für Bürgerliches Recht, herausg. von Kohler, Ring und Oertmann (Arch. Bürgerl. R.).

Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts, herausgeg. von Busch (Busch's Arch.).

Archiv für die civilistische Praxis (AZP.).

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J. A. Gruchot (Gruch.).

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (JJ.).

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von L. Goldschmidt (ZHR.).

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung (Sav.Z.).

Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (ZStW.).

Lebenslauf.

Am 12. Februar 1912 wurde ich in Stuttgart als Sohn des damaligen Amtsrichters, späteren Oberlandesgerichtsrats Dr. Friedrich Hezel und seiner Ehefrau Julie geb. Landauer geboren.

In Stuttgart besuchte ich das Eberhard-Ludwigs-Gymnasium (humanistisches Gymnasium) und legte dort im Frühjahr 1930 die Reifeprüfung ab. Dann wandte ich mich dem Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft zu. Nach 8-semestrigem Studium an den Universitäten Tübingen, Berlin und München bestand ich im Frühjahr 1934 in Tübingen die Erste Höhere Justizdienstprüfung. Seitdem befinde ich mich im Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Stuttgart.